This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

3d Jan. 1915

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 27 1914

ESTUDIOS

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO

Nov 12

26

ESTUDIOS

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO

POR

LUIS F. BORJA

ABOGADO ECUATORIANO, EX-PROFESOR EN LA UNIVERSIDAD DE QUITO, MIEMBRO HONORARIO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA, INDIVIDUO CORRESPONDIENTE DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE MADRID, DE LA ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, CORRESPONDIENTE DE LA REAL DE MADRID Y DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

TOMO SEXTO

LIBRO 1º.

TÍTULO XIX. De las tutelas i curadurías en jeneral.
TÍTULO XX. De las diligencias i formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela o curaduría. — TÍTULO XXI. De la administración de los tutores i curadores relativamente á los bienes.

PARIS

R. ROGER Y F. CHERNOVIZ

IMPRESORES-EDITORES

99, BOULEVARD RASPAIL, 99

1908

Propiedad del autor.

CHI
910
Bor

cum

3d Jan. 1915

HARVARD LAW LIBRARY

Received O[illegible] 27 1914

GIBBON.—The History of the decline and fall of the Roman Empire.
GOMEZ (Antonio).—Variae Resolutiones.
GÓMEZ DE LA SERNA.—Curso histórico exegético del Derecho romano.
GUTIÉRREZ (Benito).—Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español.
GUTIÉRREZ (Juan).—De Tutelis.
HUC.—Commentaire du Code civil.
JHERING.—L'Esprit de Droit romain (traducción de Meulenaere).
KENT.—Commentaries on American Law.
LAURENT.—Principes de Droit Civil.
LAURENT.—Le Droit civil international (D. C. I.).
LOCRÉ.—Esprit du Code Napoléon (E.).
LOCRÉ.—La législation civile, commerciale et criminelle de la France.
MARCADÉ.—Explication théorique et pratique du Code civil.
MASSÉ.—Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des Gens et le Droit civil.
MAYNZ.—Cours de Droit romain.
MERLIN.—Recueil alphabétique des questions de Droit (Q.).
MERLIN.—Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence.
MOLINA.—De Iustitia et Iure.
MONTESQUIEU.—De l'Esprit des Lois.
NAMUR.—Cours d'Institutes.
NIEBUHR.— Histoire romaine (traducción de Golbéry).
ORTOLAN (J).—Histoire de la Législation romaine.
ORTOLAN (J).—Généralisation du Droit romain.
ORTOLAN (J).—Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien.
PARDESSUS.—Cours de Droit commercial.
PHILIMORE.—Commentaries upon International Law.
POTHIER.—Œuvres (edición de Bugnet).
SAVIGNY.—Traité de Droit romain (traducción de Guenoux).
STEPHEN.— New Commentaries on the Laws of England (partly founded on Blackstone).
STORY.—Commentaries on the Conflict of Laws.
TOULLIER.—Le Droit civil français.
WEISS.—Traité théorique et pratique de Droit international privé.
ZACHARIAE.—(Cours de Droit civil français d'après la méthode de...), par Aubry et Rau.
ZACHARIAE.—Le Droit civil français, traduit de l'allemand suivant l'ordre du Code Napoléon, par Massé et Vergé.

TÍTULO XIX

DE LAS TUTELAS I CURADURIAS EN JENERAL

§ I

Definiciones i reglas jenerales

Art. 338. Las *tutelas* i las *curadurias* o *curatelas* son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirijirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, i que no se hallan bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la proteccion debida.

Las personas que ejercen estos cargos se llaman *tutores* o *curadores*, i jeneralmente *guardadores* (*).

REFERENCIAS.

Cargos impuestos. 496. 1437.
Aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos o administrar competentemente sus negocios. 341-343.
Potestad de padre. 240.
Potestad de marido. 132.

(*) Savigny. I. § 355. n. V. VIII. § 361. 380.(0) I §. 10. — Locré. I. 277. 72.—VII. 381. 2.—Dalloz. Minorité. 13-22. 32. 57. 58.—Toullier. I. 1077. 1078.—Duranton. III. 404. 405, 410.—Laurent. IV. 361. 364-366.—Demolombe. VII. 1. 2. 29. 30.—Zachariae (A. R.). I. § 86 bis. 89. — Zachariae (M. V.). 1. § 194. 195. 198.—Demante. II. 136.—Huc. III. 254. 255.—Berriat-Saint-Prix. I. 1380-1383.—Febrero. I. 141. I.—Escriche. Tutela. — Gutiérrez (B). p. 789.—Gutiérrez (I) P. I. chap. I. 1-4. 7. 10. 17. 37. VIII. 22.—Gibbon. III. XLIV. — Maynz. III. § 340. 356.—Ortolan (G). 96. 97.—Ortolan (I). 178. 180. 230.—Gómez de la Serna. I. p. 233. 234.—Accarias. I. 123. 124. 166.—Du Caurroy. I.209. 210.—Namur. I. § 89.—Calvo. II. § 833-836. — Fiore. II. 456-459. 461-466.—Story. § 493.

ESTUDIOS

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO

table, debería restringirse á las curadurías de bienes, porque en realidad hay mucha diferencia entre el guardador

---

tuciones antiguas; pero en el Derecho nuevo no es sino una molesta superfetación. Al decir que esta división se explica por el Derecho antiguo no pretendemos que se funde en una necesidad proveniente de la naturaleza de las cosas. En vano los romanos formularon de una manera sentenciosa el famoso aforismo : *tutor personae, curator certae rei datur,* cuyo sentido después determinaremos. Las consecuencias prácticas que derivaban de la distinción le dieron mucho tiempo grande importancia; pero es difícil descubrir, no diremos el fundamento filosófico, sino la justificación histórica. " (Maynz. III. § 340.)

" El Derecho romano reconocía tutores para los que no habían llegado á la edad de la pubertad, es decir, para los varones huérfanos menores de catorce años, y para las hembras menores de doce : desde esta edad hasta los veinticinco años cumplidos en que principiaba la mayor edad, se les daban curadores...

" Esta doctrina pasó á las leyes 1 y 13, tít. XVI, P. VI y ha sido constantemente observada.

" Pero los Fueros Juzgo y Real reconocieron únicamente la tutela, no curaduría, para las personas de menor edad, y ésta duraba hasta los veinte años...

" De los Códigos modernos solo el de la Luisiana, artículo 265, adopta la distinción romana de tutores y curadores dentro de la menor edad; los demás únicamente admiten tutores como nuestros mencionados Fueros que son, y sobre todo el Juzgo, verdaderamente nacionales.

" La distinción romana y de partidas á más de no fundarse en razón alguna, ocasionaba confusión y duda sobre si los púberes podían ó no ser obligados á recibir curador, sobre la validez ó nulidad de sus actos en uno ú otro caso, sobre ser necesaria en unos la restitución por reputarse válidos, y en otros no, por reputarse nulos. " (Goyena. Comentario al Título VIII, capítulo primero de su proyecto.)

" Por el Derecho romano sólo se daban tutores á los varones huérfanos menores de catorce años, y á las mujeres de doce. Desde esta edad hasta los veinticinco se daban curadores á unos y otros. Las LL. 1ª y 13, Tít. 16, Part. 6ª, aceptaron esta legislacion. Los Códigos modernos con excepcion del de la Luisiana, no la han admitido, y por éste los tutores se dan á los menores hasta que lleguen á la mayor edad. La distincion de las Leyes Romanas y de Partida, á mas de no fundarse en razón alguna, causa todos los días cuestiones judiciales sobre si los púberes podian ó no ser obligados á recibir curadores, ó sobre la validez de sus actos, etc. " (Vélez Sarsfield. Anotación al artículo 377 del Código argentino.)

llamado por la ley á representar la persona y administrar los bienes, y el que en casos excepcionales se limita á cuidar de ciertos bienes sin intervenir en manera alguna en cuanto concierne á la persona.

2. Llama la ley á las tutelas y curadurías cargos impuestos á ciertas personas (2), ya porque efectivamente es una obligación legal la muy onerosa de administrar bienes ajenos sujetándose á reglas estrictísimas determinadas por las leyes; ya porque las tutelas y curadurías se refieren al derecho público chileno. Tales cargos nacen de la naturaleza misma de la asociación civil, llamada á velar por las personas incapaces y á protegerlas en todo cuanto atañe á su persona y bienes.

3. Como las tutelas y curadurías son de derecho público, y como se han establecido exclusivamente en beneficio de los pupilos, síguense dos importantísimas consecuencias:

1ª Los particulares no pueden alterar las reglas establecidas por la ley en cuanto á la persona y bienes de los pupilos (3); y

2ª Las disposiciones de la ley, en caso de duda, se interpretan en beneficio de los mismos (4).

4. Aun cuando el Código chileno encierra muchas reglas eficacísimas conducentes à proteger á los incapaces y á impedir que sus bienes se administren mal, nótanse mil y mil omisiones que sacrifican á los pupilos, entregándolos indefensos á personas que se proponen, no administrar los bienes, sino explotarlos como una rica mina.

---

(2) Munus proprie est, quod necessarie obimus, lege, more, imperiove eius, qui iubendi habet potestatem. (D. L. XVI. 214.)

" Las tutelas interesan en extremo á la sociedad entera; porque se refieren al estado de las personas, al gobierno de las familias y á la conservación de su patrimonio. De ahi que se consideran como una institución de Derecho público. " (Demolombe. VII. 30.)

(3) " Las disposiciones legislativas concernientes á la tutela son leyes de policía y orden público; por lo cual los particulares no pueden derogarlas. " (Zachariae A. R. I. § 89.)

(4) " La tutela es un cargo público.

" Se ha establecido en beneficio de los menores; y según este principio pueden interpretarse y completarse las leyes que lo rigen. " (Zachariae. A. R. I. § 89.)

Por evitar repeticiones no determinamos aquí los notabilísimos vacíos del Código chileno en cuanto á la administracíon de los bienes, en especial á las diligencias que deben preceder al discernimiento y á la responsabilidad de las personas que las hubieren omitido.

5. El art. 338 es en extremo redundante al designar las personas sujetas á tutela y curaduría, esto es, *las que no pueden dirigirse á sí mismas ó administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre ó marido que pueda darles la proteccion debida* (5). Esta fraseología desdice de la concisión que debe haber en las leyes, y hubiera bastado decir que esos cargos se ejercen sobre las personas incapaces que no están bajo potestad de padre ó marido.

Tanto menos necesaria tal explicación, cuanto los arts. 341 y 342 determinan las personas sujetas á tutela ó curaduría.

Art. 339. Las disposiciones de este título i de los dos siguientes están sujetas a las modificaciones i escepciones que se espresáran en los títulos especiales de la tutela i de cada especie de curaduría.

REFERENCIAS.

De la tulela. 428-434.
De cada especie de curaduria. 435—441-442—455—456—468-469—472-473—491-492-493-494-495.
Todo el artículo. 13.

---

(5) " Se puede definir la tutela un cargo civil deferido á una persona por la ley, ó en virtud de sus disposiciones, para regir la persona y administrar los bienes de otro individuo que no puede gobernarse á sí mismo. " (Duranton. III. 410.)

" Se puede definir la tutela un cargo de familia fundado en la naturaleza, y confirmado por el derecho civil, que da al tutor la potestad de gobernar la persona y bienes de los individuos incapaces de defenderse y de gobernarse á si mismos. " (Toullier. II. 1078.)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 378.
C. E. 329.
P. de G. 307. Lo dispuesto para la tutela tiene tambien lugar en todos los casos de curaduría, en cuanto no sea contrario á lo determinado en este título.
C. C. 429.

COMENTARIO.

6. Si bien tenemos la regla importantísima de que las disposiciones especiales prevalecen sobre las generales cuando entre unas y otras hubiere oposición (art. 13); no era por demás, para evitar dudas, que el legislador dijese expresamente que las disposiciones del título en que se dan reglas generales sobre las tutelas y curadurías, se subordinan á las reglas especiales concernientes á la tutela y á la curaduría de los menores adultos, de los pródigos, de los dementes, de los sordo-mudos, de los bienes del ausente, de la herencia yacente y de los derechos eventuales del que está por nacer.

Art. 340. La tutela i las curadurías jenerales se estienden no solo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ellas (*).

REFERENCIAS.

Tutela. 341.
Curadurías generales. 342.
Bienes. 565.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 379.
C. E. 330.

(*) Zachariae (A.R.) I. § 88.—Zachariae (M.V.) I. § 196.—Gutiérrez (B.). I. L. I. C. V. art. I. § II.—Gutiérrez (I.) P. I. chap. I. 18-19.—Ortolan. II. 192.—Maynz. III. § 341. 354.—Mackenzie. p. 154.—Accarias. I. 124.—Du Caurroy. I. 224. 300.

P. de G. 218. El tutor cuidará de la persona del menor, y la representará en todo acto civil.

C. C. 430.

C. A. 188. Los tutores son nombrados á la persona y los bienes del menor. Los curadores se encargan de los asuntos de un mayor incapaz de administrarlos.

P. VI. XVI. 1... Otrosi dezimos, que el guardador deue ser dado para guardar la persona del moço e sus bienes, e non deue ser puesto por vna cosa, o un pleyto señalado tan solamente.

I. I. XIV. 4. Certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur.	4. Pero un tutor no puede darse para una cosa ó para un asunto especial, porque se confiere á la persona, no á la cosa ni al asunto.

COMENTARIO.

7. Este artículo no encierra ninguna disposición aplicable.

La ley determina todas las reglas concernientes á la educación y subsistencia del pupilo, al cuidado de su persona y á la administración de sus bienes. Luego, la esencia de las tutelas y curadurías consiste en que se extiendan á la persona y á los bienes del pupilo (6).

Según las leyes españolas y las romanas la tutela se refería principalmente á la persona del pupilo, y la cura-

(6) " La tutela en el gobierno doméstico es un especie de magistratura subsidiaria, cuya duración y funciones hemos determinado según reglas que son comunes á casi todas las naciones. Destínase el tutor á la persona y los bienes; debe ser elegido por la familia y en la familia, porque es necesario que tenga un interés real en conservar los bienes, y un interés de honra y de afección en velar por la educación y la salud de la persona. No puede enajenar sin causa y sin solemnidades el patrimonio que se le confía; debe administrar con inteligencia y fidelidad; tiene de rendir cuenta porque es administrador; responde de su conducta; no puede hacer mal sin estar obligado á reparar el mal que ha hecho. Hé aquí toda la teoría de las tutelas. " (Portalis. Locré. I. 297. 72.)

duría, á los bienes; y D. Andrés Bello advierte que en esa parte no ha seguido el sistema de las citadas leyes; advertencia que hubiera sido oportuna en una nota ó en una exposición sobre el sistema del Código, cual la que presentó Portalis con el Proyecto del Código de Napoleón; pero como artículo de un Código no pasa del más ocioso ripio.

Art. 341. Están sujetos a tutela los impúberes (*).

REFERENCIAS.

Tutela. 338.
Impúberes. 26. 43. 1447.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 380.
C. E. 331.
C. C. 431.
C. de la L. 263. Los menores impúberes, esto es, los varones que no han cumplido catorce años y las mujeres que no han cumplido doce, se hallan, en cuanto á su persona y bienes, bajo la autoridad de un tutor.

I. I. XX. 6. Impuberes autem in tutela esse naturali iuri conveniens est; ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.	6. Conforme es al derecho natural que los impúberes estén bajo tutela, pues el que no se halla en edad de razón debe ser protegido por otros.

COMENTARIO.

8. En virtud de la naturaleza misma de las cosas están sujetos á tutela los impúberes; pues son absolutamente

---

(*) Savigny. VII. § 322.—Dalloz. Minorité. 2. 3—Zachariae (A.R.). I. § 89.—Zachariae (M.V.). I. § 195.—Gutiérrez. (B.). I. L. I. c. V. art. I. § II.—Escriche. Tutela.—Febrero. I. 141. I.—Ortolan. II. 178. 179. 230.—Maynz. III. § 345.—Du Caurroy. I. 260.—Namur. I. § 89-90.—Gibbon. III. XLIV.

incapaces de ningún acto de la vida civil. Ellos son á quienes debe protegerse eficazmente cuando no se hallan bajo la potestad de los padres.

La tutela de los impúberes ha sido siempre de derecho universal (7). Sabido es que en Roma sólo ellos fueron considerados en los primeros siglos como incapaces, y que la curaduría de los menores adultos no se estableció sino en épocas muy posteriores.

Art. 342. Están sujetos a curaduría jeneral los menores adultos que no han obtenido habilitacion de edad; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, i los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (*).

REFERENCIAS.

Curaduría. 328.
Menores adultos. 26.
Prodigalidad. 442.
Demencia. 456. 465.
Sordo-mudos. 469.
Todo el artículo. 43. 1447.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 381. Están sujetos a curaduría jeneral los meno-

---

(7) " Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatem iure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur; nec fere ulla civitas est, in quia non licet parentibus liberis suis impuberibus *testamento* tutorem dare, quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani videantur liberos suos in potestate habere. " (Gayo. I. 189.)

(*) Savigny. III. § III. VII. § 322.—Locré. VII. 128. aer. 2.—Dalloz. Minorité. 7.—Aliené. 10.—Laurent. V. 208-209. VII. 3. 5-9.—Demolombe. VII. 32.—Zachariae (A.R.). I. § 87. 128. 237. —Febrero. I. 141-125. 1.—Escriche. Tutela. Gutiérrez. (B). I. p. 789. (art. 1°). p. 813. § III.—Gibbon. III. XLIV.—Ortolan. II. 80. 263-266. 273.—Mackenzie. p. 155.—Maynz. III. § 355. 356. —Namur. I. § 89.

res púberes que no han obtenido habilitacion de edad, en ciertos casos, los púberes que por disipacion o prodigalidad, por demencia o locura, han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; i los púberes sordomudos que no pueden entender ni ser entendidos por escrito.

C. E. 332. Están sujetos á curaduría general los menores adultos; los que por prodigalidad ó demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; y los sordo-mudos que no pueden darse á entender por escrito.

C. Arg. 468. Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes.

469. Son incapaces de administrar sus bienes; el demente aunque tenga intervalos lúcidos, y el sordo-mudo que no sabe leer ni escribir.

P. de G. 278. Se da curador al mayor de edad, incapaz de administrar sus bienes por él mismo.

279. Son incapaces de administrar sus bienes; el loco o demente, aunque tenga intervalos lúcidos, el sordo-mudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y el que está sufriendo la interdiccion civil.

C. C. 432.

C. P. 306. Al menor y al mayor incapaz, que no estén bajo la patria potestad, se les nombrará guardador, que cuide de su persona y administre sus bienes.

C. M. 404. Tienen incapacidad natural y legal :

I. Los menores de edad no emancipados;

II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;

III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.

405. Tienen incapacidad legal para los negocios judiciales, los menores de edad emancipados.

C. Esp. 200. Están sujetos á tutela :

1° Los menores de edad no emancipados legalmente;

2° Los locos ó dementes aunque tengan intervalos lúcidos y los sordo-mudos que no sepan leer y escribir;

3° Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos;

4° Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.

P. VI. XVI. 13. Curatores son llamados en latin, aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorze años, e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuessen mayores, seyendo locos, o desmemoriados. Pero los que son en su acuerdo, non pueden

ser apremiados que reciban tales guardadores, si non quisieren...

I. I. XXIII. 2. Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem, curator enim et ad certam causam dari potest.

2. Los adolescentes no reciben contra su voluntad curadores, á menos de suscitarse litigio, pues, el curador puede darse para un asunto determinado.

3. Furiosi quoque et prodigi, licet maioris viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum, ex lege Duodecim Tabularum. Sed solent Romae praefectus urbi vel praetor et in provinciis praesides, ex inquisitione eis curatores dare.

3. Según la ley de las XII Tablas, están bajo la curaduría de los agnados los furiosos y los pródigos, aunque sean mayores de veinticinco años. Pero en Roma el prefecto de la ciudad y en las provincias los presidentes suelen nombrarles curadores previa inquisición.

4. Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

4. También debe darse curadores á los idiotas, á los sordos, á los mudos y á los que tienen una enfermedad crónica que les impide atender á sus negocios.

COMENTARIO.

9. Están sujetos á curaduría general :

1° Los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad :

2° Los pródigos;

3° Los dementes; y

4° Los sordo-mudos que no pueden darse á entender por escrito.

Los arts. 341 y 342 determinan la diferencia entre la tutela y la curaduría.

Sólo los impúberes están sujetos á tutela, y los demás incapaces, á curaduría. ¿Dónde está, lo repetimos, la razón jurídica ó filosófica de esta diferencia? Si los impúberes merecen protección especialísima, acaso son más dignos de ella los furiosos, los idiotas, los sordo-mudos que no

pueden darse á entender por escrito. Tutela de los impúberes y curaduría de los idiotas, anacronismo que no puede explicarse sino por las antiguas reminiscencias, que tanto influyen aún en los hombres más eminentes.

Al comentar los respectivos artículos volveremos á cada una de estas curadurías.

Art. 343. Se llaman curadores *de bienes* **los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente, i a los derechos eventuales del que está por nacer** (*).

REFERENCIAS.

Ausente. 473.
Herencia yacente. 481. 1240.
Derechos eventuales del que está por nacer. 77. 485.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 382.
C. E. 333.
C. C. 433.

COMENTARIO.

10. En el art. 340 se expresó que las tutelas y las curadurías generales se extienden no sólo á los bienes sino á la persona de los individuos sometidos á ellas. De lo cual pudiera deducirse que todas las demás curadurías se refieren sólo á los bienes. Pero no es así.

Los únicos guardadores que efectivamente se limitan á la administración son los curadores de bienes, esto es, los que se dan :

1° Á los bienes del ausente :
2° Á la herencia yacente; y
3° A los derechos eventuales del que está por nacer.

Luego, la denominación legal de estos guardadores es en extremo propia.

(*) Zachariae (M.V.). I. § 245.—Zachariae (A.R.). I. § 137.—Febrero. I. 141. 1.

Art. 344. Se llaman curadores *adjuntos* los que se dan en ciertos casos a las personas que están bajo potestad de padre o marido, o bajo tutela o curaduría jeneral, para que ejerzan una administracion separada (*).

REFERENCIAS.

Curadores adjuntos. 492. 493.
Potestad del padre. 252.
Marido. 166.
Tutela. 341.
Curaduría general. 342.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 333. Se llaman curadores *adjuntos* los que se dan en ciertos casos a los que están bajo patria potestad, o bajo tutela o curaduría jeneral, o a la mujer cuyos bienes administra el marido.
C. E. 334.
C. C. 434.
C. P. 328. Los guardadores especialmente nombrados para determinados bienes, se encargarán de la administracion de estos en el tiempo y forma señalados por el testador.

COMENTARIO.

11. Se llaman curadores adjuntos los que ejercen, en ciertos casos, una administración separada en cuanto á los bienes de las personas que están bajo potestad patria ó marital, bajo tutela ó curaduría.

Los curadores adjuntos al mismo tiempo que administran los bienes, en lo concerniente á éstos representan á los pupilos, al paso que en las meras curadurías de bienes sólo á la administracion se refieren las gestiones del guardador. Así, por ejemplo, cuando se nombra curador á los bienes

(*) Zachariae (A.R.). I. § 88.

del ausente, no se procede sobre el supuesto de que el dueño sea incapaz, y se le nombra un administrador sólo porque él no se halla en aptitud de atender á su patrimonio.

Todavía es más clara la distinción cuando se provee de curador á la herencia yacente ó á los derechos eventuales del que está por nacer.

Cuando la herencia es yacente, nadie administra los bienes que la forman, y el guardador es quien debe administrarlos.

Cuando un individuo está por nacer, sus derechos son absolutamente eventuales; pues si el nacimiento no constituye un principio de existencia, se procede sobre el supuesto de que la criatura ni llegó á vivir. Mas, en el caso contrario, el recien nacido entra en el goce de todos los derechos, y cesa *ipso iure* la curaduría de bienes.

Si el curador es adjunto, insistimos en ello, representa al pupilo en la administración separada que ejerce; de manera que el pupilo tiene dos calidades y es representado por dos personas; bien el padre ó marido y el curador adjunto; bien el tutor ó curador general y el curador adjunto, cuyas atribuciones se limitan á representar al pupilo en todo cuanto se refiere á su administración separada.

Los curadores adjuntos desempeñan, pues, un papel importantísimo en la administración de los bienes pertenecientes á incapaces.

12. Sorprende que habiendo aceptado D. Andrés Bello el sistema de los curadores adjuntos, no hubiese declarado que su intervención era necesaria en toda tutela ó curaduría para vigilar y fiscalizar los actos del tutor ó del curador general. *Le tuteur subrogé* establecido por el Código de Napoleón es en realidad un curador adjunto, y garantiza la buena administración de los bienes pertenecientes á los pupilos.

La falta de un curador adjunto que vigile la conducta de los guardadores generales, y que, bajo su responsabilidad, se dirija al juez tan luego como note la más leve falta de diligencia, es uno de los gravísimos defectos del Código chileno; el cual pone los bienes del pupilo en inminentísimo peligro.

Art. 345. Curador *especial* es el que se nombra para un negocio particular (*).

REFERENCIAS.

Todo el art. 493.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 384. Curador *especial* o *ad hoc* es el que se nombra para un negocio particular.

C. E. 335.

C. Arg. 397. Los jueces darán á los menores, tutores especiales, en los casos siguientes :

1° Cuando los intereses de ellos estén en oposicion con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren;

2° Cuando el padre ó madre perdiere la administracion de los bienes de sus hijos;

3° Cuando los hijos adquieran bienes cuya administracion no corresponda á sus padres;

4° Cuando los intereses de los menores estuvieren en oposicion con los de su tutor general ó especial;

5° Cuando sus intereses estuvieren en oposicion con los de otro pupilo que con ellos se hallase con un tutor comun, ó con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador;

6° Cuando adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada, ó de no ser administrados por su tutor;

7° Cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdiccion del juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor;

8° Cuando hubiese negocios, ó se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, ó una administracion distinta.

C. C. 435.

COMENTARIO.

13. Muy propiamente se denomina curador especial el llamado á representar al pupilo en un negocio particular.

(*) Laurent. IV. 419.—Zachariae (A.R.). I. § 88.—Mackenzie. p. 156.

Este curador es *ad hoc*. El caso más frecuente de curador especial es aquel en que se nombra á un individuo para representar en ciertos casos al incapaz que litiga (8).

Art. 346. Los individuos sujetos a tutela o curaduría se llaman pupilos (*).

REFERENCIAS.

Tutela. 341.
Curaduría. 342-344.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 385.
C. E. 336.
C. C. 436.

---

(8) " La clasificación de tutelas, curadurías jenerales, curadurías de bienes, curadurías adjuntas, curadurías especiales ó *ad hoc* no tiene de nuevo otra cosa que la exacta determinación por medio de reglas precisas i claras. Las dos primeras clases son las que más á menudo se presentan. Sobre los curadores de bienes, véanse Vinnio. *Partit.* lib. 1. c. 13, i Gutiérrez, *De tutelis,* Part. III, c. 17. De los curadores especiales o *ad hoc,* es un ejemplo frecuentísimo el curador *ad litem. Curator bone potest dari ad unum actum,* Gutiérrez, P. I. c. 19, n. 10; véanse casos particulares de la dacion de curadores *ad hoc* en la 1. 4, *De tutoribus et curatoribus datis.* En cuanto a los curadores que llamo adjuntos, i a que tambien suele darse el título de administradores, véase Gutiérrez, P. 1. c. 19 (*si tutor ab aliqua parte administrationis sese excuset,* n. 41 : *ob augmentum facultatum, curatores adjungi solent,* n. 42).

" Se ha procurado reducir á reglas generales los casos en que tienen cabida estas diferentes especies de guarda, extendiéndolas, por paridad de razon, aun á los hijos de familia, i a la mujer casada en casos especiales en que se halle impedida la patria potestad o la potestad marital.

" Además, para evitar cincunlocuciones pesadas, se ha jeneralizado la significacion de pupilo, dando este nombre a todo aquel cuya persona o bienes se halla en tutela o curaduría. " (Bello. Anotación al artículo 385 de su Proyecto.)

(*) Demolombe. VII. 31. 32.—Ortolan. II. 192.

COMENTARIO.

14. Convenía dar la definición legal de las personas que están bajo tutela ó curaduría : la ley las denomina pupilos (9), palabra técnica que según las leyes españolas tenía la misma acepción que le da el art. 346. Entre los romanos se denominaba pupilo sólo el impúber que se hallaba bajo tutela.

Conforme al art. 23 del Código chileno las palabras definidas por la ley deben emplearse siempre en su significado legal. Luego, cuandoquiera que se habla de *pupilos*, entendemos personas que se hallan bajo tutela ó curaduría.

---

(9) " Las denominaciones de *pupilo* y de *menor* tenían en Roma grande importancia, porque representaban dos situaciones muy diversas.

" Según el Derecho romano, el pupilo era el individuo sujetó á tutela, y la tutela terminaba con la impubertad, esto es á los doce años para las mujeres y á los catorce para los hombres.

" Terminada la tutela, el individuo púber era capaz jurídicamente de ejercer él mismo sus derechos; pues los romanos habían confundido la pubertad, la aptitud física de engendrar, con la razón, la inteligencia necesarias al hombre para dirigirse y gobernarse en la sociedad civil.

" Por lo cual debía protegerse por otros medios á las personas que el puro derecho declaraba capaces á los doce y catorce años. El pretor las amparaba, pues, por el nombramiento de curadores, y en ciertos casos por el beneficio de la restitución *in integrum*, mientras eran menores de veinticinco años.

" Y de ahi el segundo período que seguía al del pupilaje; la segunda clase de personas que, no siendo pupilos en tutela, eran menores de veinticinco años, adolescentes, capaces judicialmente, según el derecho civil, *ius ipsum*, pero que el derecho honorario protegía, durante este segundo período, contra la peligrosa capacidad que se les había concedido tan prematuramente.

" Por haberse perdido de vista esta distinción fundamental muy á menudo se han alegado mal, en Derecho francés, los principios del Derecho romano en cuanto á los menores.

" En Roma el *pupilo* era el único incapaz.

" El *menor*, al contrario, era capaz según el derecho civil.

" Hé aquí la diferencia entre el menor romano y el menor francés.

" La diferencia que separa la capacidad de la incapacidad civil. " (Demolombe. VII. 32.)

Art. 347. Podrán colocarse bajo una misma tutela o curaduría dos o mas individuos, con tal que haya entre ellos indivision de patrimonios.

Divididos los patrimonios, se considerarán tantas tutelas o curadurías como patrimonios distintos, aunque la ejerza una misma persona.

Una misma tutela o curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos o mas tutores o curadores (*).

REFERENCIAS.

Tutela. 341.
Curaduría. 342-344.
Tutores ó curadores. 338.
El inciso 3°. 419-421.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 386... Una misma tutela o curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos o mas contutores o concuradores.

C. E. 337.

C. C. 437.

C. P. 327. Puede nombrarse dos ó mas guardadores para la persona de un menor; pero no será desempeñado el cargo sino por uno á falta de otro, en el órden de su nombramiento.

C. M. 407. Ningún incapaz puede tener á un mismo tiempo más de un tutor definitivo y un curador.

C. Esp. 201. La tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia.

COMENTARIO.

15. Este artículo da las siguientes reglas :

1ª Puede colocarse bajo una misma tutela ó curaduría á dos ó más personas, con tal que haya entre ellas indivisión de patrimonios :

(*) Locré. VII. 219. 14.—Zachariae (A.R.). I. § 8.—Zachariae (M.V). I. § 198.—Demolombe. VII. 197.220-225.—Ortolan. II 232.—Maynz. III. § 348.—Accarias. I. § 124.

2ª Divididos los patrimonios se consideran tantas tutelas ó curadurías como patrimonios distintos, aunque las ejerza una misma persona; y

3ª Una misma tutela ó curaduría puede ejercerse conjuntamente por dos ó más tutores ó curadores.

16. I. La primera regla pugna con el art. 340, según el cual la tutela y las curadurías generales se extienden no sólo á los bienes sino á la persona de los pupilos. Siendo esto así, como lo es, hay inexactitud al expresar que las personas sujetas á una misma tutela son consideradas como una sola en cuanto á ella concierne, prescindiéndose de los bienes. Quiso decir D. Andrés Bello que mientras haya indivisión de patrimonios, la *administración* es una sola; lo cual se deduce de la naturaleza misma de la indivisión.

Por lo demás, la regla, aunque injurídica y acaso absurda, no acarrea en la práctica inconvenientes, porque no cabe ni suponerse que modifique las disposiciones esenciales concernientes á la administración de la tutela y curaduría.

17. II. La regla segunda es una consecuencia necesaria de la primera, porque si el estado de indivisión es lo único que confunde en una sola guarda á dos ó más pupilos; tan luego como la indivisión cesa, hay tantos patrimonios como pupilos, y tantas guardas como patrimonios.

18. III. La ley autoriza en ciertos casos para nombrar dos ó más guardadores que administren conjuntamente; y á esta autorización se refiere la última regla del art. 347.

19. IV. Hemos visto ya, en las *Concordancias*, que el Digesto declara conveniente la administración de un sólo tutor ó curador, y que, según el Código de Napoleón, no puede nombrarse curador adjunto sino cuando el pupilo tiene bienes en las colonias (10). La unidad de la adminis-

---

(10) " Artículo 30 (a). Propónese la supresión de este ar-

(a) " Lorsqu'une partie des biens du mineur sera située dans les départements continentaux, trop éloignés de son domicile, le conseil de famille pourra autoriser le tuteur à nommer un ou

tración es esencial, y en la práctica se palpan las dificultades en la administración de dos ó más tutores ó curadores (11). Preferimos, pues, el sistema del Código de Napoleón.

---

tículo, atendiéndose á que, por una parte, la disposición del artículo 65 (b) es suficiente para obtenerse el designio de la ley, y que por otra el artículo 30 limitaría el sentido del artículo 65. Según este último artículo, el consejo de familia no debe negar al tutor ninguno de los medios y socorros que reconozca necesarios para facilitar su gestión; según el artículo 30, el consejo de familia no pudiera autorizar al tutor para nombrar uno ó dos administradores especiales, sino cuando parte de los bienes del menor esté situada en departamentos continentales muy distantes de su domicilio: de manera que si hubiese cerca del domicilio del tutor explotaciones muy en grande, ó manufacturas muy considerables que administrar en beneficio del menor, y que el tutor no tuviese, bien el tiempo, bien los conocimientos necesarios para encargarse él mismo, no se le permitiera nombrar un administrador especial, por cuanto esos establecimientos no estarían en provincias distantes de su domicilio. Lo cual sería evidentemente contrario á los intereses del menor, y por eso se pide que se suprima el artículo 30.

" La comisión vota por la supresión del artículo.

" Y al expresar su voto sobre este punto, juzga también que las otras disposiciones de la ley, sobre todo el artículo 31 (c), darian á conocer que el menor no puede tener sino un solo tutor en los departamentos continentales de Francia. " (Locré. VII. 219. 14.)

(11) " Opinamos que la unidad de tutor es entre nosotros la regla y que no debe nombrarse dos ó más:

1° " Nunca hay sino un solo tutor legítimo; y cuando dos per-

plusieurs administrateurs particuliers salariés, et gérant sous la responsabilité du tuteur.

(b) " Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, autre que celle des père et mère, le conseil de famille réglera par aperçu, et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens.

(c) " Quand le mineur, domicilié en France, possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale des biens d'outre-mer sera donnée à un protuteur.

" En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective.

Art. 348. No se puede dar tutor ni curador jeneral al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda por decreto de juez, en alguno de los casos enumerados en el art. 262.

Se dará curador adjunto al hijo, cuando el padre es privado de la administracion de los bienes del hijo o de una parte de ellos, segun el art. 251 (*).

REFERENCIAS.

Tutor. 341.
Curador general, 342.
Patria potestad. 240.
Esta se suspenda, 262.
Curador anjunto. 341. 492. 493.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 387.
C. E. 338.
C. C. 438.

COMENTARIO.

20. I. No se puede dar tutor ni curador general al que está bajo la patria potestad.

Ya se dio esta regla en el art. 338. Referímonos á lo expuesto al comentar la regla primera del art. 348.

21. II. Se dará curador general al hijo cuando se suspende la patria potestad en alguno de los casos enumerados en el art. 262.

Según el art. 262 la patria potestad se suspende :

1° Por la prolongada demencia del padre;

2 Por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes; y

3° Por larga ausencia del padre, de la cual se sigue

---

sonas tienen titulos iguales es preciso elegir entre ellas. El pensamiento de la ley se manifiesta con claridad, pues no quiere nombrar sino un solo tutor.

" Este pensamiento se manifiesta también en los artículos que confieren el derecho de nombrar al padre ó madre sobreviviente ó al consejo de familia.

(*) Merlin. Tutelle. Sect. I. n. IV.—Zachariae (M.V.). I. § 207.

grave perjuicio en los intereses del hijo á que el padre ausente no provee.

En todos estos casos el padre pierde la administración, y como ó bien el hijo es impúber, ó bien se halla en el primero de los casos enumerados en el art. 342, síguese que es necesario darle guardador general para la administración del patrimonio.

22. III. Se dará curador adjunto al hijo cuando el padre es privado de la administración de los bienes del hijo ó de una parte de ellos según el art. 251.

Veamos qué dice el art. 251 : " Habrá derecho para

" Veamos el artículo 397.

" El derecho individual de elegir *un tutor*... pertenece al padre ó madre sobreviviente.

" El artículo 403...

" Procederá el consejo de familia al nombramiento de *un tutor*.

" Así de un extremo á otro de nuestro título se trata siempre de *un tutor*, esto es de *un tutor único*.

" Hé aquí las leyes.

3º Los trabajos preparatorios prueban que tal es su significación.

" Los autores del Código de Napoleón no han dejado de preocuparse del caso en que hubiese en una tutela explotaciones que administrar, manufacturas considerables en beneficio del menor y que el tutor no tuviese tiempo ó conocimientos necesarios para encargarse él mismo; y lo han previsto en el artículo 417, que es relativo á los bienes coloniales; y después en el artículo 454, según el cual el consejo de familia puede autorizar al tutor á emplear administradores asalariados, que procedan bajo su responsabilidad...

4º Según los principios, el Código de Napoléon ha hecho bien al exigir, en la tutela, unidad de administración; porque el tutor, como lo hemos dicho, es el poder ejecutivo de la tutela, y no conviene que ese poder se divida.

5º " Si el Código de Napoleón hubiese admitido la pluralidad de tutores, hubiera determinado las reglas de su administración común. Eso es lo que hicieron el Derecho romano y nuestra antigua jurisprudencia, y lo que prescribe el Código de Napoleón en cuanto á los ejecutores testamentarios; pues al mismo tiempo que autoriza al testador para designar dos ó más, regla, entre ellos, la manera de administrar y la responsabilidad. Nada semejante en nuestro título, y su silencio, á este respecto, deja á los partidarios de la pluralidad de tutores en dificultades ó más bien imposibilidades inextricables. " (Demolombe. VII. 221.)

quitar al padre de familia la administración de los bienes del hijo cuando se ha hecho culpable de dolo ó de grave negligencia habitual.

" Perderá el padre la administración de los bienes del hijo, siempre que se suspenda la patria potestad por decreto judicial. "

Síguese, pues, que no puede ser más errónea la referencia al art. 251, el cual, como acabamos de ver, no prevé sino dos casos :

1º Que pierde el padre la administración de los bienes del hijo, cuando hubiera incurrido en dolo ó en grave negligencia habitual; y

2º La suspensión de la patria potestad.

En el primero el padre no conserva ni puede conservar la administración de parte alguna de los bienes del hijo, porque la excluye el clarísimo tenor del art. 251. Si el padre es culpado de dolo ó de grave negligencia habitual, fuera inicuo y absurdo que conservase la administración de la más mínima parte de los bienes.

Resalta más aún el error de la referencia al inc. 2º del art. 251, que prevé la suspensión de la patria potestad; pues conforme al inc. 2º del art. 348 se da curador adjunto al hijo cuando la patria potestad se suspende.

Para convencerse de que hay un mero error de referencia, basta ver que el art. 348 del Código chileno es copia textual del art. 387 del Proyecto de Bello, exceptuándose únicamente las referencias; pues el autor del Proyecto se refiere al art. 264, y el art. 264, como lo hemos visto en las *Concordancias* del 247, dice :

" El padre administra los bienes del hijo en que la ley le concede el usufructo.

" No tiene esta administración en las cosas donadas, heredadas ó legadas bajo la condición de que no las administre el padre.

" Ni en las herencias ó legados que hayan pasado al hijo por incapacidad del padre ó por haber sido éste desheredado. "

A este caso sí que viene bien la referencia; pues entonces el padre no tiene la administración de parte de los bienes del hijo, y se provee á éste de un curador que le represente en tal administración.

La historia fidedigna de la ley evidencia, pues, que hay un error en el art. 349; que el curador nombrado en cualquiera de los casos enumerados en el art. 251 es curador general, y que si el curador administra los bienes conforme al art. 347, es curador adjunto.

Art. 349. No se puede dar curador a la mujer casada no divorciada, ni separada de bienes, miéntras los administra el marido.

Se dará curador a la mujer divorciada en los mismos casos en que, si fuese soltera, necesitaria de curador para la administracion de lo suyo.

La misma regla se aplicará a la mujer separada de bienes, respecto de aquellos a que se estienda la separacion.

La curaduría de que hablan los precedentes incisos no obstará a los derechos que conserva el marido de la mujer separada de bienes, segun el art. 159.

REFERENCIAS.

Curador. 342.
Mujer casada. 43. 132.
Divorciada. 168.
Separada de bienes. 152.
Mientras los administra el marido. 1749.
El inciso 2º. 342.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 388. Ni se puede dar curador á la mujer casada no divorciada, ni separada de bienes, miéntras los administra el marido.

Se dará curador a la mujer divorciada o separada de bienes en los mismos casos en que, si fuese soltera, necesitaria de curador para la administracion de le suyo.

La misma regla se aplicará a la separacion parcial de bienes, respecto de aquéllos a que se extienda la separacion.

La curaduría de que hablan los precedentes inciso no

obstará a los derechos que conserva el marido de la mujer separada de bienes, segun el artículo 184.

C. E. 339.

C. C. 439.

COMENTARIO.

23. I. No se puede dar curador á la mujer casada no divorciada ni separada de bienes, mientras los administra el marido.

También esta regla es del todo nugatoria. Al describir D. Andrés Bello, en el art. 38, las tutelas y curadurías, estableció la regla de que ellas son cargos impuestos á favor de ciertas personas que no se hallan bajo potestad de padre ó *marido* que pueda darles la protección debida. De lo cual se deduce que mientras el marido administra los bienes de la mujer no se puede dar á ésta curador general. Curador general, esto es, persona que cuide de la persona y bienes de la mujer, y potestad marital, implica. Estas disposiciones redundantes, lejos de aclarar el sistema de la legislación, contribuyen á oscurecerlo, pues inducen á poner en duda el tenor de otrás disposiciones conducentes al mismo objeto. ¿Para qué, por ejemplo, la prolija explicación del art. 338, si ahora se nos repite que á la mujer casada cuyos bienes administra el marido no se le puede dar curador general? Si dos disposiciones declaran un mismo principio, basta la una; y como el intérprete se inclina siempre á creer que el legislador no dicta leyes redundantes, trabaja por buscar en la ley un pensamiento distinto del que ella encierra.

24. II. Se dará curador á la mujer divorciada en los mismos casos en que, si fuese soltera, necesitaría curador para la administración de lo suyo.

Este curador es general porque administra todos los bienes de la mujer divorciada.

Tampoco era necesaria esta regla, porque durante el divorcio el marido no ejerce la potestad marital. La mujer, si es incapaz, se comprende entre las personas enumeradas en el art. 342; el cual nos dice que están sujetos á curaduría general los menores adultos, los que por pro-

digalidad ó demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, y los sordo-mudos que no pueden darse á entender por escrito.

La mujer divorciada, si es incapaz, se comprende necesariamente en alguno de estos casos, y debe dársele curador para la administración de sus bienes.

25. III. La regla segunda se aplica también á la mujer separada de bienes, respecto de aquellos á que se extiende la separación.

La separación de bienes es total ó parcial.

Si lo primero, y la mujer es incapaz, el curador es general, porque administra todos los bienes de la mujer y la representa en todos los actos concernientes á la administración, salvas las restricciones puntualizadas en la regla cuarta del artículo que comentamos.

Si la mujer no se halla totalmente separada de bienes, por cuanto la separación proviene, no de inhabilidad del marido, sino de que la mujer se hubiere reservado en las capitulaciones matrimoniales el derecho de administrar parte de sus bienes, ó de que se le hubieren donado ó legado bienes bajo la condición de que no sean administrados por el marido; el curador es entonces adjunto.

26. IV. La curaduría puntualizada en las reglas segunda y tercera no obsta á los derechos que conserva el marido de la mujer separada de bienes.

No debió referirse el legislador á la regla segunda si se trataba solamente de la mujer separada de bienes. Parece empero que hay mera falta de redacción. El legislador quiso referirse á todos los derechos que conserva el marido sobre la mujer, ó divorciada, ó separada de bienes.

En cuanto al principio mismo, es evidentísimo. Las reglas concernientes á la guarda de la mujer divorciada ó separada de bienes no pueden alterar las obligaciones y derechos de los cónyuges; obligaciones y derechos provenientes de la esencia misma del matrimonio.

Art. 350. Jeneralmente, no se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene : solo podrá dársele curador adjunto, en los casos que la lei designa (*).

REFERENCIAS.

No se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene, 340.
Curador adjunto. 341. 491. 492.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 389. Jeneralmente, no se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene...
C. E. 340.
C. C. 440.

COMENTARIO.

27. Generalmente, no se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene.

En otros términos : sólo en casos excepcionales se puede dar tutor ó curador á la persona que se halla bajo tutela ó curaduría general.

Volvemos á las observaciones hechas al comentar el art. 349. Las tutelas y curadurías generales se refieren así á la persona como á los bienes. Luego, la persona sujeta á tutela ó curaduría tiene quien la represente en todos sus negocios y administre todos sus bienes.

Los casos excepcionales en que puede nombrarse tutor ó curador al que se halla bajo tutela ó curaduría se determinan especialmente por la ley; luego la regla es innecesaria.

(*) Merlin. Tutelle. Sect. I. n. III. — Dalloz. Minorité. 59-62. — Accarias. I. 149. 170.

Art. 351. Si el tutor o curador, alegando la escesiva complicacion de los negocios del pupilo i su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, pidiere que se le agregue un curador, podrá el juez acceder, habiendo oido sobre ello a los parientes del pupilo i al respectivo defensor.

El juez dividirá entonces la administracion del modo que mas conveniente le parezca (*).

REFERENCIAS.

Tutor. 341.
Curador. 342.
Pupilo. 346.
Parientes del pupilo. 42.
Administracion. 391.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 389... Con todo, si el tutor o curador, alegando la excesiva complicacion de los negocios del pupilo i su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, pidiere que se le agregue un curador, podrá el juez acceder, habiendo oído sobre ello a los parientes del pupilo i al respectivo defensor.

El juez dividirá entónces la administracion del modo que mas conveniente le parezca.

C. E. 341.
C. C. 441.

COMENTARIO.

28. Este artículo encierra tres reglas.

1ª Si el tutor ó curador alegando excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, pide que se le agregue un curador, podrá el juez acceder á la solicitud :

2ª Oirá acerca de esto á los parientes del pupilo y al respectivo defensor; y

---

(*) Laurent. IV. 409. 411. 412. — Demolombe. VII. 198. — Berriat-Saint-Prix. I. 1468.

3ª Si se nombrare curador, el juez dividirá la administración del modo que más conveniente le parezca.

29. I. Consúltanse en este caso los intereses del pupilo. Puede suceder realmente que los bienes administrados sean cuantiosos, necesiten muy asidua consagración, haya varios establecimientos de comercio, los bienes raíces estén situados en lugares distantes. Entonces sería muy difícil que el guardador general administre cumplidamente todos los bienes; y á probarse estas circunstancias, nada más prudente que se nombre un curador adjunto para una administración separada.

También debe preverse el caso de que el curador sea persona de pocas aptitudes; que por su edad ó sexo no tenga la expedición necesaria para administrarlos, que el principal deber del guardador consista en el cuidado de la persona del pupilo, como sucede cuando el pupilo es impúber ó demente, y guardadora la madre natural ó la abuela legítima. Entonces convendría confiar al curador adjunto la administración de la mayor parte de los bienes.

30. II. Se oye á los parientes del pupilo y al respectivo defensor, para que suministren al juez datos que le habiliten á fallar con pleno conocimiento de causa.

Varias veces hemos observado que según el art. 42 en la denominación de parientes se comprende el cónyuge del pupilo y sus consanguíneos legítimos de uno y otro sexo, mayores de edad, y que á falta de consanguíneos en suficiente número se oye á los afines legítimos.

Cuando el pupilo es hijo natural se oye al padre y madre que le hubiere reconocido y á sus hermanos naturales mayores de edad.

En este caso el respectivo defensor es el de menores.

La audiencia del defensor es un trámite del todo nugatorio, porque no representa al pupilo ni tiene razón alguna para interesarse en sus asuntos.

31. III. Déjase á la prudencia del juez dividir las funciones entre el guardador general y el curador adjunto. El juez debe emplear el mayor esmero en proceder con pleno conocimiento de causa; tanto más necesario el nimio esmero cuanto cada uno de los guardadores no responde sino de su administración, y conforme al art. 419 no es responsable de la de los otros sino cuando, según el art. 416,

hubieran podido atajar la mala administración exigiendo que se presente la respectiva cuenta.

El curador que se nombre para la administración separada es adjunto, y hubiera convenido expresarlo así con toda claridad.

Art. 352. Si al que se halla bajo tutela o curaduría se hiciere una donacion, herencia o legado, con la precisa condicion de que los bienes comprendidos en la donacion, herencia o legado, se administren por una persona que el donante o testador designa, se accederá a los deseos de éstos; a ménos que, oidos los parientes i el respectivo defensor, apareciere que conviene mas al pupilo repudiar la donacion, herencia o legado, que aceptarlo en esos términos.

Si se acepta la donacion, herencia o legado, i el donante o testador no hubiere designado la persona, o la que ha sido designada no fuere idónea, hará el majistrado la designacion.

REFERENCIAS.

Tutela. 341.
Curaduría. 342.
Donación. 1136. 1386.
Herencia ó legado. 954.
Condición. 1070. 1473.
Bienes. 565.
Administren. 391.
Los parientes. 42.
Repudiar la donación, herencia ó legado. 1411. 1225. 1226.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 390. Si al que se halla bajo tutela o curaduría se hiciere una donacion, herencia o legado con la precisa condicion de que los bienes comprendidos en la donacion, herencia o legado se administren por una persona que el donante o testador designa, se accederá a los deseos de éste; a ménos que, oídos los parientes i el respectivo defensor, apareciere que conviene mas al pupilo repudiar la donacion, herencia o legado, que aceptarlo en esos términos.

Si se acepta la donacion, herencia o legado, i el donante o testador no hubiere designado la persona, o la que ha sido designada no fuere idónea, hará el majistrado la designacion.

La persona a quien se confíe el cuidado de los bienes comprendidos en la donacion, herencia, o legado, será un curador adjunto.

C. E. 342. Si al que se halla bajo tutela ó curaduría se hiciere una donación ó dejare una herencia ó legado, con la precisa condición de que los bienes comprendidos en la donación, herencia ó legado se administren por la persona que el donante ó testador designen, se accederá á los deseos de éstos; á menos que, oídos los parientes y el respectivo defensor, apareciere que conviene más al pupilo repudiar la donación, herencia ó legado, que aceptarlos en estos términos.

Si se acepta la donación, herencia ó legado, y el donante ó testador no hubieren designado la persona, ó la que ha sido designada no fuere idónea, hará el juez la designación.

C. C. 442 (a).

COMENTARIO.

32. I. Si al que se halla bajo tutela ó curaduría se hiciere una donación ó se dejare una herencia ó legado bajo la precisa condición de que los bienes comprendidos en la donación herencia ó legado se administren por una persona que el donante ó testador designe, se accederá á los deseos del donante ó testador.

II. No es aplicable la regla precedente cuando apareciere

(a) Si al que se halla bajo tutela o curaduría se hiciere una donacion, herencia o legado, con la precisa condicion de que los bienes comprendidos en la donacion, herencia o legado, se administren por una persona que el donante o testador designa, se accederá a los deseos de éste, a ménos que, oídos los parientes i el respectivo defensor, apareciere que conviene mas al pupilo repudiar la donacion, herencia o legado, que aceptarlo en esos términos.

Si se acepta la donacion, herencia o legado, i el donante o testador no hubiere designado la persona, o la que ha sido designada no fuere idónea, hará el majistrado la designacion. (Art. 390 del Proyecto Inédito.)

que conviene más al pupilo repudiar la donación, herencia ó legado que aceptarlos en esos términos.

III. Si se acepta la donación herencia ó legado, y el donante ó testador no hubiere designado la persona, ó la designada no fuere idónea, hará el magistrado la designación.

Este caso es muy análogo al previsto en el art. 268, es decir, cuando se hace al hijo una donación á se le deja una herencia ó legado bajo la condición de que se le emancipe. Sin embargo las disposiciones son diversas; pues el art. 268 no faculta al padre de familia para repudiar la donación, herencia ó legado; y no columbramos por qué cuando se trata de una donación, herencia ó legado concerniente al pupilo pueda repudiarse sólo por la condición de que los administre otra persona.

Sabido es que la herencia no puede aceptarse por el tutor ó curador sino bajo beneficio de inventario, que, por lo mismo, no puede acarrear responsabilidad alguna al pupilo, y que las donaciones ó legados que le imponen cargas tempoco pueden aceptarse sino con autorización judicial. Luego, si el legado ó la donación fueren onerosos, deberían repudiarse por los gravámenes que lleva consigo, mas no por la mera condición de que los bienes sean administrados por otra persona.

Juzgamos, pues, que hubiera sido mucho más conforme al sistema que se establece ya en el citado art. 268 el declarar que, sin perjuicio de lo prescrito acerca de la aceptación ó repudiación de las donaciones, herencias ó legados, se concede al donante ó testador la facultad de nombrar otra persona que administre los bienes en que consista la donación, herencia ó legado.

Esa disposición sería además conforme al art. 360, según el cual una persona cualquiera puede nombrar tutor ó curador, por testamento ó por acto entrevivos, con tal que done ó deje al pupilo alguna parte de los bienes que no se le deben á título de legítima.

Salta á la vista que hay, si no contradicción, manifiesta discordancia entre el art. 352 y el 360, y que conviniera uniformarlos.

Tanto menos peligrosa es la designación de tutor ó curador hecha por el donante ó en el testamento, cuanto el

inc. 2° del propio art. 352 faculta al tutor ó curador general para aceptar la donación, herencia ó legado, y para exigir que, por incapacidad del tutor ó curador que designen el donante ó testador, se designe otra persona.

Nótese, por último, que el guardador designado en este caso nunca puede ser legítimo; pues, á no ejercer sus funciones el nombrado por el donante ó testador, el juez provee de guardador; lo cual significa que la guarda es dativa.

Art. 353. Las tutelas o curadurias pueden ser testamentarias, lejítimas o dativas.

Son *testamentarias* **las que se constituyen por acto testamentario.**

Lejítimas, **las que se confieren por la lei a los parientes o cónyujes del pupilo.**

Dativas, **las que confiere el majistrado.**

Sigue las reglas de la tutela testamentaria la que se confiere por acto entre vivos, segun el art. 360 (*).

REFERENCIAS.

Tutelas. 341.
Curadurias. 342.
Acto testamentario. 999. 1000. 1008.
El inciso segundo. 354-365.
El inciso tercero. 366-369.
El inciso cuarto. 370-372.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 391.
C. E. 343.
C. Arg. 382. La tutela se da, ó por los padres, ó por la ley, ó por el juez.

(*) Merlin. Tutelle. Sect. II. n. V. — Dalloz. Minorité. 5. 65. — Zachariae (A. R.). I. § 98. — Zachariae (M. V.). I. § 206. — Laurent. IV. 367-369. — Demolombe. VII. 39-41. — Duranton. III. 413. — Demante. II. 136. — Huc. 111. 257. — Febrero. I. 142. 2-146. 9-148. 10-149. 13. — Escriche. Tutela. — Gutiérrez (B.). I. p. 789. (Art. 1°). — Gutiérrez (J.). I. II. I. — Gibbon. III. XLIII. p. 205.-6. — Ortolan. II. 181. — Mackenzie. p. 153. — Maynz. III. § 343. — Accarias. I. 125. — Du Caurroy. I. 211. — Calvo. II. § 833. — Fiore. II. 461.

C. C. 443.

C. M. 413. El cargo de tutor se defiere :

I. En testamento;

II. Por elección del mismo menor confirmada por el juez;

III. Por nombramiento exclusivo del juez;

IV. Por la ley.

El cargo de curador se defiere por los tres primeros modos.

C. de la L. 264. Hay cuatro especies de tutela : natural, testamentaria, legítima y dativa.

C. Esp. 204. La tutela se defiere :

1° Por testamento;

2° Por la ley;

3° Por el consejo de familia.

P. VI. XVI. 2. En tres maneras pueden ser establescidos los guardadores de los moços que fincan huerfanos. La primera es, quando el padre establesce guardador a su fijo en su testamento, a que llaman en latin Tutor testamentarius; que quiere tanto dezir, como guardador que es dado en testamento de otro. La segunda, quando el padre non dexa guardador al fijo en su testamento, e ha parientes. Ca estonce, las leyes otorgan que sea guardador del huerfano, el que es mas cercano pariente. E este atal es dicho en latin, Tutor legitimus; que quier tanto dezir como guardador que es dado por ley, e por derecho. La tercera manera es, quando el padre non dexa guardador a su fijo, nin ha pariente cercano que lo guarde; o si lo ha es embargado, de manera que non lo puede, o non lo quiere guardar; e estonce el Juez de aquel lugar le da por guardador algun ome bueno, e leal. E a este guardador atal dizen en latin Tutor dativus, que quier tanto dezir, como guardador que es dado por aluedrio del Juez.

COMENTARIO.

33. I. Las tutelas ó curadurías son testamentarias, legítimas ó dativas (12).

---

(12) " Toda tutela emana de la ley; de la ley misma proviene la institución del tutor y sus atribuciones.

Esta distinción es de jurisprudencia universal.

34. II. Son testamentarias las que se constituyen por acto testamentario.

La esencia de la guarda testamentaria consiste en que se confiera en testamento, esto es, el acto en que una persona dispone de sus bienes para que las disposiciones surtan efecto después de la muerte.

Cuando la guarda forma parte del testamento es esencialmente revocable; no puede surtir ningún efecto mientras el testador no fallezca.

Nada más natural que conceder á ciertas personas la atribución de nombrar guardador que administre los bienes que se dejan á un heredero ó legatario, pues el nombramiento forma en realidad de verdad parte de la asignación misma, porque en la mente del testador son dos actos esencialmente inseparables : el determinar la cuota de bienes ó las cosas legadas, y el disponer quién ha de administrar los bienes del heredero ó legatario incapaz.

35. III. " Legítimas ", dice el artículo, " las que se confieren por la ley á los parientes ó cónyuge del pupilo. "

No es exacta la definición en cuanto determina las personas llamadas por la ley. La guarda legítima consiste en

---

" Pero esta misma emanación é investidura legales son más ó menos directas, más ó menos inmediatas.

" Unas veces la ley misma nombra inmediata y directamente el tutor; le declara tal, de derecho, sin ningún procedimiento, y en virtud de la calidad del mismo : esta es la tutela legítima.

" Tal es :

" 1° La tutela del cónyuge sobreviviente, la que tambien se llama tutela natural;

" 2° La tutela de los ascendientes, que más especialmente se denomina tutela legítima;

" La ley confía á ciertas personas el encargo de nombrar, elegir tutor.

" Esta tutela se llama dativa; en el sentido general de la palabra, tutela que se subdivide en dos clases, á saber :

" 1ª La tutela llamada especialmente testamentaria, que es deferida por el cónyuge sobreviviente;

" 2ª La tutela dativa propiamente dicha, la cual se defiere por el consejo de familia. " (Demolombe. VII. 39.)

que se establezca exclusivamente por la voluntad del legislador. Muy bien hubiera podido prescindir éste de los parientes del pupilo, y llamar á otras personas que tengan tales ó cuales requisitos.

Entre los romanos eran llamados siempre á la guarda legítima los agnados, y esa reminiscencia indujo á D. Andrés Bello á dar una mala definición.

36. IV. Guarda dativa, la que confiere el magistrado.

Esta definición de la guarda dativa hace resaltar más lo inexacto de la definición que acabamos de criticar. Hubiera pugnado con la jurisprudencia y la lógica la definición de guarda dativa si se hubiese dicho : " La que confiere el magistrado á las personas que sean idóneas. "

37. V. Según el propio art. 353 hay otra especie de guarda, aunque el legislador no le da calificativo especial; pues se limita á decir que sigue la regla de la tutela testamentaria la que se confiere por acto entre vivos.

En esta disposición hay un leve error ó más bien dicho descuido; pues no se trata sólo de tutela, sino de guarda en general. El mismo inciso último del art. 353 se refiere al art. 360, y éste habla de tutor ó curador.

La guarda por acto entre vivos es en realidad convencional, pues el donante determina la persona que, como guardador, administrará los bienes, y aceptada la donación, se perfecciona el contrato en cuanto á la designación del guardador.

38. VI. No hay otra especie de guarda, ni puede establecerse por la voluntad de las partes; pues todas las disposiciones concernientes á la enumeración de las guardas, á las personas que pueden ejercerlas, á los casos en que se confieren, son de derecho público, y no pueden alterarse por la voluntad del testador ó de los contratantes. Así, por ejemplo, adolecería de nulidad absoluta la estipulación comprendida en una escritura pública de venta de bienes raíces, según la cual los bienes vendidos á un menor, se administren, no por el padre ó por el guardador, sino por un guardador que el vendedor designe.

---

§ 2°

De la tutela o curaduría testamentaria

Art. 354. El padre lejítimo puede nombrar tutor, por testamento, no solo a los hijos nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre materno, para en caso que nazca vivo (*).

REFERENCIAS.

Padre legítimo. 36. 40. 179. 180.
Tutor. 341.
Testamento. 999.
Al que se halla todavia en el vientre materno para en caso que nazca vivo. 74. 77.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 392.
C. E. 344. El padre legítimo puede dar tutor, por testamento, á los hijos que no tienen madre; pero si debieren recaer bajo la potestad materna, puede dar curador adjunto, no sólo á los hijos nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre de la madre, para el caso que nazca vivo.

C. de N. 397. Le droit individuel de choisir un tuteur parent, ou même étranger,

397. El derecho individual de nombrar tutor pariente, ó aun extraño, no pertenece

(*) Locré. VII. 130. art. 10. 11-159. art. 11. 12.-167. 5-8-196. art. 3-237. 7-238. 8. 9-275. 8.—Dalloz. Minorité. 135.—Merlin. Tutelle. § I.—Toullier. II. 1101.—Pothier. Des Personnes. 145.—Laurent. IV. 367. 377-383. 396.—Demolombe. VII. 79-82. 86-88. 151-158.—Delvincourt. I. p. 430. 1.—Zachariae (A. R.). I. § 100.—Zachariae (M. V.). I. § 208. 247.—Huc. III. 280.—Berriat-Saint-Prix. 1394-1396. 1414-1417.—Febrero. I. 142. 2.146.7.—Gutiérrez (J).I.II.6-III.1.2.24.—Gutiérrez (B). I. L. 1. c. V. art. I. § II.—Ortolan. II. 182. 183.—Maynz. III. § 342. 343.—Mackenzie. p. 153. 155.—Accarias. I. 126. 128.

n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère.

398. Ce droit ne peut être exercé que dans les formes prescrites par l'article 392, et sous les exceptions et modifications ci-après.

sino al padre ó madre sobreviviente.

398. Este derecho no puede ejercerse sino en la forma prescrita por el artículo 392, y bajo las siguientes excepciones y modificaciones.

C. Arg. 383. El padre mayor ó menor de edad, y la madre que no ha pasado á segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar, por testamento, tutor á sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden tambien nombrarlo por escritura pública para que tenga efecto despues de su fallecimiento.

P. de G. 177. El padre puede nombrar tutor en testamento á sus hijos menores, incluso el desheredado y el póstumo.

179. El padre, y en su caso la madre, pueden nombrar un tutor para todos sus hijos menores, ó encargar la tutela de cada uno de estos á persona diferente, aunque le sobreviva su consorte, siempre que no pueda entrar en el ejercicio de la patria potestad; pero cesando la incapacidad ó impedimento, cesará tambien el tutor testamentario.

C. C. 444.

C. P. 307. El padre tiene facultad para nombrar guardadores en su testamento;

1° Para sus hijos legítimos que no tengan madre;

2° Para sus hijos naturales reconocidos, que no tengan madre ó que no estén en poder de ella.

C. M. 428. Los que ejercen patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento, á aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del póstumo.

C. de la L. 237. El padre y madre tienen derecho de nombrar tutores á sus hijos, según lo prescrito en el título de los menores.

275. (El 397 del Código de Napoleón).

C. Esp. 206. El padre puede nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya naturales reconocidos, ó ya alguno de los ilegítimos á quienes, según el artículo 139, está obligado á alimentar.

Igual facultad corresponde á la madre; pero, si hubiere

contraído segundas nupcias, el nombramiento que hiciere para los hijos de su primer matrimonio no surtirá efecto sin la aprobacion del consejo de familia.

En todo caso será preciso que la persona á quien se nombre tutor ó protutor no se halle sometida á la potestad de otra.

I. I. XIII. 3. Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque precedit omni modo.

4. Cum autem *in compluribus aliis causis* postumi pro iam natis habentur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis parentibus nascerentur, *sui heredes* et in potestate eorum fierint.

D. L. XVI. 120. Verbis legis Duodecim Tabularum his : *Uti legassit suam rei, ita ius esto*, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi.

3. Permítese á los padres dar por testamento tutores á los hijos impúberes que estén en su potestad, é indistintamente á los hijos y á las hijas.

4. Como en algunos otros casos los póstumos se consideran nacidos, pueden recibir tutores lo mismo que los otros hijos, siempre que si naciesen cuando viven los padres, estuvieran en su potestad.

120. Estas palabras de las leyes de las Doce Tablas : Así como alguno legase lo que es suyo, será válido por derecho; parece que conceden muy amplia facultad para instituir heredero, dejar legados, dar libertades, y nombrar tutores.

COMENTARIO.

39. Este artículo prevé dos casos :

1° El padre legítimo puede nombrar tutor ó curador, por testamento, á los hijos nacidos; y

2° También puede dar tutor al hijo que se halla en el vientre materno, para el caso que nazca vivo.

40. I. Las leyes romanas que hemos copiado en las *Concordancias* conferían al padre de familia el derecho de

nombrar tutor por testamento, y ese derecho se derivaba de la patria potestad (13).

Muy conocida es la regla expedida en una de las XII Tablas (Tabla V. 3°). *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.* Téngase por ley lo que se hubiere dispuesto en testamento acerca de los bienes y la tutela de las cosas.

Según el derecho moderno la facultad conferida á los padres de nombrar guardador á los hijos proviene de las relaciones que, establecidas por la naturaleza, son garantizadas por la ley. Los padres velan después de su muerte por la felicidad de los hijos, y saben á ciencia cierta qué persona es apta para la administración de los bienes de aquéllos (14).

41. II. Como la ley protege á la criatura desde que está en el vientre materno, muy natural que faculte al padre para nombrar tutor al hijo para el caso en que éste llegue á existir (15).

---

(13) " Permissum est itaque parentibus, liberi quos in potestate sua habent, testamento tutores dare : masculini quidem sexus impuberibus, femeninæ autem sexus, cuiuscumque aetatis sint, et tum quoque cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. " (Gayo. 1. 144.)

" Itaque si quis filio filiaeque testamente tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem filia vero nihilominus in tutela permanet : tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppae iure liberorum tutela liberantur feminae : loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt : itaque itiam lege XII tabularum cautum est " (145).

(14) El proyecto de ley supone que los padres han muerto. Puede nombrarse tutor al menor, siempre indistintamente. por el último padre que muere. Así, el padre á quien la muerte arrebata al hijo cuyo único apoyo era, sentirá menos pesares; le deja un amigo elegido por su corazón; muere, y su ternura vive todavía al lado del hijo á quien la naturaleza abandona. " (Leroy. Locré. VII, 275. 8.)

(15) " Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant.

Sorprende, pues, que en el Código de Napoleón sólo se facultase al padre para nombrar curador á los derechos eventuales del hijo que está por nacer.

Art. 355. Puede asimismo nombrar curador, por testamento, a los menores adultos que no han obtenido habilitacion para administrar sus bienes, i a los adultos de cualquiera edad que se hallen en estado de demencia, o son sordomudos que no entieden ni se dan a entender por escrito (*).

REFERENCIAS.

Curador. 342.
Testamento. 999.
Menores adultos. 26. 43. 338. 1447.
Habilitación para administrar sus bienes. 297-303.
En estado de demencia. 456.
Sordo-mudos que no entienden ni se dan á entender por escrito. 469. 472.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 393. Puede asimismo nombrar curador, por testamento, a los menores púberes que no han obtenido habilitacion de edad i a los púberes de cualquiera edad que se hallan en estado de demencia, o son sordomudos que no entienden ni se dan a entender por escrito (a).

C. E. 345. Puede asimismo dar curador, por testamento, á los menores adultos, y á los adultos de cualquiera edad que se hallan en estado de demencia, ó son sordo-mudos

---

Hos enim etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit (Gayo. I. 147.)

(*). Merlin. Tutelle. Sect. II. § I. n. VIII.—Toullier. II. 1336.—Demolombe. VIII. 568.—Duranton. III. 751.—Zachariae (M. V). I. § 208.—Zachariae (A. R). I. § 126.

(a) Puede asimismo nombrar curador, por testamento, a los menores púberes que no han obtenido habilitacion de edad i a los púberes de cualquiera edad que se hallan en estado de demencia, o son sordomudos que no entienden ni se dan a entender por escrito. (Art. 393 del Proyecto Inédito.)

que no entienden ni se dan á entender por escrito, siempre que ninguno de éstos deba pasar á la potestad de la madre.

P. de G. 177 (Véanse las *Concordancias* del art. 354).

294. En todos los casos en que el padre ó madre pueden dar tutor á sus hijos menores de edad, podrán también nombrar curador por testamento á los mayores de edad locos, dementes ó sordo-mudos, salvas las escepciones de los dos artículos anteriores.

C. C. 445.

C. M. 437. El padre que ejerce la tutela de un hijo sujeto á interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario, si la madre ha fallecido ó no puede legalmente ejercer la tutela.

438. La madre en su caso podrá hacer el nombramiento de que trata el artículo anterior.

439. En ningún otro caso hay lugar á la tutela testamentaria del incapacitado.

C. Esp. 206. (Véanse las *Concordancias* del art. 354).

I. I. XIII. 5. Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, *confirmandus est* ex sententia praesidis omni modo, id est, sine inquisitione.	5. Pero si el padre ha dado en testamento al hijo tutor debe ser confirmado éste por sentencia del presidente en todos los casos, y por consecuencia sin inquisicion.

COMENTARIO.

42. Según este artículo el padre puede nombrar curador testamentario :

1° Á los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad;

2° A los adultos de cualquiera edad que se hallen en estado de demencia; y

3° A los sordo-mudos que no entienden ni se dan á entender por escrito.

43. I. Ya hemos visto que en virtud del amor paternal, que vela siempre por la suerte futura de los hijos, puede el padre nombrar tutor á los impúberes y aun al que está en el vientre materno. La misma razón milita acerca de los menores adultos. Son incapaces de administrar los bienes, no pueden dirigir su educación y establecimiento,

y la ley debe proveerles á todas estas importantísimas necesidades.

44. II. Cuenta asi mismo la ley entre las personas absolutamente incapaces á los dementes y á los sordo-mudos que no entienden ni se dan á entender por escrito. Nadie mejor que el padre puede conocer quién es la persona adecuada para cuidar del demente ó sordo-mudo y para administrar sus bienes. Lógico y jurídico, pues, conceder á los padres la facultad de designar curador al hijo legítimo demente ó sordo-mudo.

Hemos visto, en las *Concordancias*, que el Código de Napoleón no concede al padre el derecho de nombrar curador al hijo demente ó sordo-mudo. En las discusiones sobre el proyecto de ley relativo á las tutelas y curadurías no hallamos indicio alguno de donde pueda deducirse en qué se fundaron los redactores para alterar el sistema de las leyes romanas y españolas. D. Andrés Bello lo siguió muy acertadamente.

45. Como el artículo que comentamos enumera todos los casos en que el padre puede nombrar curador por testamento, hubiera convenido que también comprendiese la curaduría del pródigo. Esta, según el art. 442, puede ser testamentaria en el caso del art. 451; el cual confiere á los padres, legítimos ó naturales, que ejercen la curaduría del hijo disipador, la facultad de nombrar por testamento la persona que haya de sucederles en la guarda. Hay una mera omisión, que si bien no influye en el sistema del Código, induce á juzgar, leyéndose sólo el art. 355, que la curaduría del disipador nunca es testamentaria.

Art. 356. Puede asimismo nombrar curador, por testamento, para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer (*).

REFERENCIAS.

Curador. 342.
Testamento. 999.

(*). Febrero. I. i. — Accarias. I. 126.

Derechos eventuales del hijo que está por nacer. 74. 77. 485. 486.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 394. Puede asimismo nombrar curador, por testamento, para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer. El tutor nombrado segun el art. 392, se presumirá nombrado tambien curador para la guarda de estos derechos eventuales (a).

C. E. 346. Puede asimismo nombrar curador adjunto, por testamento, para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer.

P. de G. 177. (Véanse las *Concordancias* del art. 354).

C. C. 446.

COMENTARIO.

46. Concédese también al padre la facultad de designar curador de los derechos eventuales del hijo que está por nacer.

La ley vela por el hijo desde el instante mismo en que está concebido. Tratándose de sus intereses se supone nacido el que está en el vientre materno; pero sus derechos no son sino eventuales, por cuanto si el nacimiento constituye un principio de existencia, entra el recien nacido en el goce de los derechos como si hubiese existido desde que se le definieron; y si el nacimiento no constituye principio de existencia, se procede sobre el supuesto de que los derechos se trasmitieron exclusivamente á las personas que, prescindiéndose del póstumo, hubieran sucedido al padre.

Consecuencia de estos principios es la facultad concedida en el art. 356.

Al comentar los arts. 485, 486 y 487, volveremos á este punto.

47. Incurrióse en un error garrafalísimo al reformar la redacción del art. 346 del Código ecuatoriano, concedién-

---

(a). Puede asimismo nombrar curador, por testamento, para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer. (Art. 394 del Proyecto Inédito.)

dose al padre la facultad de nombrar *curador adjunto* para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer. Ya hemos visto que se llaman curadores adjuntos los que se dan á las personas que están bajo potestad de padre, madre ó marido, ó bajo tutela ó curaduría, para que ejerzan una administración separada.

Ahora bien, el hijo que está en el vientre materno no se halla bajo la potestad de nadie, pues aun su existencia misma es eventual. Cuando nace, si el nacimiento constituye un principio de existencia, adquiere definitivamente los derechos, y expira la curaduría de los eventuales.

Art. 357. Carecerá de los derechos que se le confieren por los artículos precedentes, el padre que ha sido privado de la patria potestad por decreto de juez, segun el art. 267, o que por mala administracion haya sido removido judicialmente de la guarda del hijo (*).

REFERENCIAS.

Patria potestad. 240.
Por mala administración haya sido removido judicialmente de la guarda del hijo 251. 539.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 395. Carecerá de los derechos que se le confieren por los artículos precedentes el padre que haya sido privado de la patria potestad por decreto de juez, segun el artículo 290, o que por mala administracion haya sido removido judicialmente de la tutela o curaduría del hijo (a).

(*). Dalloz. Minorité. 136.—Laurent. IV. 397. 398.—Demolombe. VII. 158. 170.—Zachariae (M.V.). I. § 208.—Zachariae (A. R.). I. § 100.—Duranton. III. 436.

(a). Carecerá de los derechos que se le confieren por los artículos precedentes, el padre que ha sido privado de la patria potestad por decreto de juez, segun el artículo 290, o que por mala administracion haya sido removido judicialmente de la curaduría del hijo. (Art. 395 del Proyecto Inédito.)

C. E. 347. Carecerá de los derechos que se le confieren por los artículos precedentes el padre que haya sido privado de la patria potestad por disposición de juez, según el artículo 264, ó que, por mala administración, ha sido removido judicialmente de la guarda del hijo.

C. C. 447.

COMENTARIO.

48. El padre legítimo no puede ejercer, en dos casos, los derechos concedidos por los arts. 354, 355 y 356 :

1° Si se le ha privado de la patria potestad en virtud de resolución judicial conforme al art. 267; y

2° Cuando por mala administración ha sido removido judicialmente de la guarda del hijo.

Manifestamos ya, al comentar el art. 354, que la facultad concedida al padre para designar guardador al hijo legítimo se funda en el interés que tienen los padres por la suerte presente y futura de los hijos. Pero no puede desconocerse que hay casos excepcionales en que, corrompido el padre, ha manifestado por actos inequívocos que lejos de serlo es un duro padrastro, y lejos de interesarse por la educación del hijo y la administración de sus bienes, ha descuidado ambas labrando acaso la irremediable desgracia de la familia. Justo y necesario, pues, que entonces la ley no confíe al padre el delicadísimo encargo de nombrar la persona que después de sus días administre los bienes del hijo.

Art. 358. A falta del padre, podrá ejercer los mismos derechos la madre, con tal que no haya estado divorciada por adulterio, o que por su mala conducta no haya sido privada del cuidado personal del hijo, o que no haya pasado a otras nupcias (*).

(*) Locré. VII. 130. art. 10. 11-159. art. 11. 12-174. 19. 20-198. art. 12-217. 8-236. 7-253. 8. 9.—Dalloz. Minorité. 135. 136.—Toullier. II. 1101. 1103.—Laurent. IV. 397. 398.—Demolombe. VII. 141-157. 166. 172. — Zachariae (A. R.). I. § 100. — Za-

REFERENCIAS.

Podrá ejercer los mismos derechos la madre. 356.
Por su mala conducta no haya sido privada del cuidado personal del hijo. 223.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 396. A falta del padre, i de tutor o curador nombrados por el padre, podrá ejercer el mismo derecho la madre, con tal que no esté divorciada por adulterio u otro grave crimen, o que por su mala conducta no haya sido privada del cuidado personal del hijo (a).

C. E. 348. A falta del padre, podrá ejercer los mismos derechos la madre, con tal que no haya estado divorciada por adulterio, ó no se le hubiere privado, por disposición judicial, de la patria potestad, ó no haya pasado á otras nupcias.

C. de N. 399. La mère remariée, et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut leur choisir un tuteur.	399. La madre que ha pasado á otras nupcias y que no ha servido la tutela de los hijos de primer matrimonio, no puede nombrarles tutor.

P. de G. 178. En defecto del padre corresponde á la madre la misma facultad, pero, si en el caso del artículo 175 no se le hubiere deferido la administracion y nombrare por tutor a su marido, será necesaria la confirmacion del consejo de familia.

179. (Véanse las *Concordancias* del art. 254.)

---

chariae (M. V.). I. § 208. — Demante. II. 148 bis. III. — Febrero. I. 147. 8. — Gutiérrez (J). I. IV. 1. 3. 6. — Guttiérrez (B) I. L. l. c. V. art. I. § 11. — Maynz. III. § 342 343.

(a) A falta del padre, podrá ejercer los mismos derechos la madre, con tal que no haya estado divorciada por adulterio, o que por su mala conducta no haya sido privada del cuidado personal del hijo, o que no haya pasado a otras nupcias. (Art. 396 del Proyecto Inédito.)

C. C. 448.

C. P. 308. Tienen tambien facultad de nombrar guardadores en testamento :

1° La madre, para los hijos que se hallen bajo su patria potestad;

2° Los abuelos paternos, y á su falta los maternos, para sus nietos que no tengan padres, ni guardadores nombrados por estos;

3° Cualquier otro testador, para el que instituya heredero, bien sea este su hijo ilegítimo ó persona extraña.

C. de la L. 276. (El 399 del Código de Napoleón.)

C. Esp. 206. (Véanse las *Concordancias* del art. 354.)

P. VI. XVI. 6. La madre que faze testamento, en que establesciesse por sus herederos a sus fijos, que non ouiessen padre, bien les puede establescer guardador en el. Pero tal guardador como este non puede vsar en ninguna manera de los bienes del moço, a menos de ser confirmado del Juez del lugar, do son los bienes; e el Juez deuelo confirmar, e otorgarle guarda dellos, si non fuere atal, a quien defiendan las leyes deste nuestro libro que lo non sea. Mas si la madre non establesciesse por su heredero al fijo, non le podria dexar guardador, maguer le dexasse de otra guisa alguna partida de sus bienes. Pero si acaesciesse que lo fiziesse, si gelo quisiesse confirmar el Juez, valdria, mas non de otra guisa.

COMENTARIO.

49. Á falta del padre puede ejercer los mismos derechos la madre, exceptuándose los casos siguientes :

1° Cuando está divorciada por adulterio;

2° Cuando por su mala conducta se la ha privado del cuidado personal del hijo; y

3° Cuando ha pasado á otras nupcias.

Si la madre se halla en alguno de los dos primeros casos, es indigna de ejercer la atribución de designar guardador; y en el tercero se teme muy razonablemente la influencia que puede ejercer el segundo marido en la designación de guardador. Además, la madre que pasa á segundas nupcias adquiere nueva familia, y casi siempre prefiere los intereses de ésta á los de la primera. Muy razonable, por lo mismo, que la madre no nombre en tal caso guardador á los hijos

del primer matrimonio, y que éstos queden bajo guarda legítima ó dativa.

El derecho de nombrar guardador á los hijos del primer matrimonio, no convalece aunque la madre enviude.

Y salta á la vista que no hay obstáculo alguno para que ella ejerza ese derecho en cuanto á los hijos del segundo matrimonio.

50. Es de notar que así este artículo como el correspondiente del Proyecto de D. Andrés Bello, se refieren á todos los derechos que conforme á los arts. 354, 355 y 356 puede ejercer el padre; y que entre los mismos se cuenta el de nombrar curador por testamento para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer. Luego, hay error en la redacción, porque la madre en ningún caso puede ejercerlo.

Talvez se diga que el art. 358 no podía referirse al 356, y que era mejor comprender en una misma regla todos los derechos de la madre; pero la redacción hubiera sido sencillísima sin incurrirse en el absurdo que se deduce de su tenor literal: " Á falta del padre podrá la madre ejercer los derechos que se conceden al padre en los arts. 354 y 355. "

Art. 359. El padre o madre natural podrá ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes al padre lejítimo (*).

REFERENCIAS.

Padre ó madre natural. 36. 40. 270.
Padre legítimo. 35. 40. 179. 202.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 397. El padre o madre natural podra ejercer los derechos concedidos por los artículos 392, 393 i 394 al padre

---

(*) Febrero. I. 142. 2. 146. 7. — Ortolan. II, 184. — Accarias. I. 129.

lejítimo; pero solo respecto de los hijos naturales que por la mala conducta de dicho padre o madre no hubieren sido sacados de su poder, i que no tuvieren todavía tutor o curador.

Si uno de los padres naturales sobrevive al otro, no podra ejercer estos derechos el padre o madre sobreviviente, sino respecto del hijo que careciere de tutor o curador (a).

C. E. 349. El padre ó madre natural podrán ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes al padre legítimo.

C. Arg. 394. El sobreviviente de los padres naturales puede nombrar por escritura pública, ó en su testamento, tutores á sus hijos, cuando los hubiere instituído por herederos, ó solo un curador de los bienes que les hubiese dejado.

P. de G. 269. El padre, ó madre que haya reconocido un hijo natural, puede nombrarle tutor en testamento.

Este nombramiento subsistirá despues de la muerte del que le hizo, aunque posteriormente sea reconocido por el otro.

C. C. 449.

C. P. 307. (Véanse las *Concordancias* del art. 354.)

313. El último que sobreviva de los padres naturales ó adoptivos, tiene facultad de nombrar guardadores para la persona del hijo menor, y para la administración de todos los bienes, que no se hallen bajo de un guardador especial.

C. de la L. 279. El padre ó madre del hijo natural reconocido puede darle tutor, cuyo nombramiento, para ser válido, debe ser aprobado por el juez.

C. Esp. 206. (Véanse las *Concordancias* del art. 354.)

P. VI. XVI. 8. Tambien al fijo de barragana, como al que fuere de muger legitima, puede el padre dar guardador a su finamiento que guarde a el, e a los bienes en que lo fizo su heredero. Pero este guardador atal non se puede trabajar de la guarda del huerfano, nin vsar de los bienes del, a menos de ser confirmado por el Juez del lugar.

D. XXVI. III. 7. Naturali | 7. El padre no puede nom-

(a) El padre o madre natural podrá ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes el padre lejítimo. (Art. 397 del Proyecto Inédito.)

filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitiones confirmatur.

brar tutor al hijo natural á quien no le deja cosa alguna; y no se puede confirmar sin informacíon.

COMENTARIO.

51. El padre ó madre natural puede ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes al padre legítimo.

Si después de nombrado guardador al hijo natural por el padre difunto, le reconoce la madre, y ésta al morir también le deja guardador; se aplicará la regla puntualizada en el art. 348, de que no se puede dar tutor ó curador general al que ya le tiene. Pero si la madre dejare al hijo, además de la legítima, otros bienes, para la administración de éstos puede nombrarle curador adjunto.

Art. 360. Los padres lejítimos o naturales, no obstante lo dispuesto en los arts. 357 i 358, i cualquiera otra persona, podrán nombrar tutor o curador, por testamento o por acto entre vivos, con tal que donen o dejen al pupilo alguna parte de sus bienes que no se le deba a título de lejítima.

Esta curaduría se limitará a los bienes que se donan o dejan al pupilo (*).

REFERENCIAS.

Padres legítimos. 35. 40. 179. 202.
Naturales. 36. 40. 270.
Tutor. 341.
Curador. 342.

(*) Merlin. Tutelle. § I. n. V.—Locré. (E.) V. p. 53.—Zachariae (A.R.). I. § 100.—Delvincourt. I. p. 430. (1).—Molina. Tract. II. D. CCXX. 12.—Febrero. I. p. 147. 7-9.—Gutiérrez (J). I. IV. 12. 13. 16-XI. 1-4.—Ortolan. II. 184.—Maynz. III. § 342. 343.—Accarias. I. 129.

Testamento. 999.
Acto entre vivos. 353, inciso último.
Donen. 1386.
Pupilo. 346.
Bienes. 565.
Legítima. 1181.
Todo el artículo. 344. 350.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 398. Los padres lejítimos o naturales en los casos excepcionales de los artículos 395, 396, 397, i cualquiera otra persona, podrán nombrar tutor o curador, por testamento o por acto entre vivos, al pupilo que no tuviere otro tutor o curador, con tal que le donen o dejen alguna parte de sus bienes, que no se le deba a título de lejítima, i que sea debidamente aceptada por el pupilo.

Si el pupilo tuviere otro tutor o curador, podrán nombrar curador adjunto para la administracion de dicha parte de bienes, i si lo designaren por la palabra tutor, administrador u otra, no tendrá, con todo, sino el título i facultades de curador adjunto (a).

C. E. 350.

C. Arg. 394. El sobreviviente de los padres naturales puede nombrar por escritura pública, o en su testamento, tutores á sus hijos, cuando los hubiere instituído por herederos, ó solo un curador de los bienes que les hubiese dejado.

C. C. 450.

C. P. 308. (Véanse las *Concordancias* del art. 358).

309. El guardador nombrado conforme al inciso 3° del artículo precedente, solo se encargará de la administración de los bienes que constituyen la herencia del que le confirió el cargo.

310. Los guardadores comprendidos en el artículo an-

(a) Los padres lejítimos o naturales, en los casos excepcionales de los artículos 395, 396, i cualquiera otra persona, podrán nombrar tutor o curador, por testamento o acto entre vivos, con tal que donen o dejen al pupilo alguna parte de sus bienes, que no se le deba a título de lejítima.

Esta curaduría se limitará a los bienes que se donan o dejan al pupilo. (Art. 398 del Proyecto Inédito.)

terior, se encargarán también de la persona del heredero, cuando este no se halle bajo de patria potestad, ni en poder de guardador nombrado por ascendientes, ni á cargo de guardadores legítimos, ni de otro distinto guardador que administre bienes de igual ó mayor valor que la nueva herencia.

C. M. 429. El que en su testamento, aun cuando sea un menor no emancipado, deja bienes, sea por legado, sea por herencia, á un incapaz que no está en su patria potestad ni en la de otro, puede nombrarle tutor sólo para la administración de los bienes que le deja.

C. Esp. 207. También puede nombrar tutor á los menores ó incapacitados el que les deja herencia ó legado de importancia. El nombramiento, sin embargo, no surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó legado.

C. A. 197. Cuando la madre ó cualquier otra persona deja herencia al menor y le confiere tutor, éste no puede proceder sino como curador de la propria herencia.

P. VI. XVI. 8... Otrosí dezimos, que si algun ome estableciere en su testamento por su heredero a algun huerfano estraño, que le puede dar guardador en aquel mesmo testamento, e este guardador atal deue ser confirmado del Juez.

D. XXVI. III. 4. Si patronus, vel quivis extraneus impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habea pupillus, non male dicetur, iudicium eius sequendum esse, qui et personam eius, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem ita dilexit, ut eum heredem instituerit.

4. Si el patrono ó cualquiera extraño, que instituyó por heredero al impúber, le nombrase tutor, y el pupilo no tuviese más bienes que los de la herencia, se dirá que se ha de confirmar el nombramiento del que el testador quiso que fuese tutor, pues amó al pupilo de modo que le instituyó heredero.

COMENTARIO.

52. Errónea es la redacción del art. 360 en cuanto faculta para nombrar *tutor*. Supónese el caso de que una persona inhábil para nombrar guardador por testamento,

deja al pupilo bienes que no le debe á título de legítima, ó que hace en beneficio del mismo una donación, y nombra un guardador para que administre los bienes en que consiste la donación, herencia ó legado. Trátase, pues, de un guardador que administre separadamente ciertos bienes, y conforme al art. 344 ese guardador se llama *curador adjunto*. El mismo art. 360 manifiesta evidentemente que tal curador no puede ser sino adjunto; pues el inciso final expresa que esa curaduría (no dice tutela) se limita á los bienes que se donan ó dejan al pupilo.

53. Prescindiendo de este defecto de redacción, el artículo consulta los intereses del heredero, legatario ó donatario; pues á no concederse al testador ó donante la facultad de designar guardador, se retraería él de hacer la gracia en beneficio del impúber ó menor adulto.

54. Al comentar el art. 352 observamos que entre el mismo artículo y el 360 hay manifiesta discordancia, porque el uno faculta libremente al donante ó testador para designar el curador que ha de administrar los bienes que se donan ó se dejan al incapaz; y el otro permite que el juez autorice para repudiar la donación herencia ó legado por no confiar la administración á la persona que el donante ó testador designe.

El art. 360 es muy análogo al 268, que faculta á cualquiera para donar ó dejar bienes á la persona que se halla bajo patria potestad; con la condición de que el agraciado se emancipe, y le da por cumplida privando al padre de la administración de los bienes. Entonces esos bienes son administrados ó por la misma persona que el testador designe ó por un curador adjunto nombrado por el juez. Pero no autoriza al padre para repudiar la donación, herencia ó legado en caso de inhabilidad del administrador.

Art. 361. Podrán nombrarse por testamento dos o mas tutores o curadores que ejerzan simultáneamente la guarda, i el testador tendrá la facultad de dividir entre ellos la administracion (*).

REFERENCIAS.

Testamento. 999.
Tutores. 341.
Curadores. 342.
Administración. 391.
Todo el artículo. 419.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 399. Podrán nombrarse por testamento dos ó mas tutores o curadores que ejerzan simultáneamente la tutela o curaduría, i será permitido al testador dividir entre ellos la administracion (a).

C. E. 351.

C. Arg. 386. La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido á los padres nombrar dos ó mas tutores, que funcionen como tutores conjuntos, y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados en el caso de muerte, incapacidad, escusa ó separacion de alguno de ellos.

C. C. 451.

C. de L. 280. Si el padre ó madre sobreviviente nombra dos ó más tutores á sus hijos, solo el primer nombrado ejercerá la tutela, y el segundo no será llamado á ella sino en caso de muerte, ausencia, incapacidad ó destitución del primero, y así sucesivamente.

(*) Savigny. VIII. § 380.—Toullier. II. 1123.—Ortolan. II. 232.—Maynz. III. § 348.

(a) Podrán nombrarse por testamento dos o mas tutores o curadores que ejerzan simultáneamente la tutela o curaduría, i el testador tendrá la facultad de dividir entre ellos la administracion. (Art. 399 del Proyecto Inédito.)

COMENTARIO.

55. I. El testador puede nombrar dos ó más tutores ó curadores que ejerzan simultáneamente la guarda.

Ya hemos visto que el Código de Napoleón no concede esta facultad, y que los más notables de sus intérpretes se acuerdan en que no pudiera nombrarse dos ó más tutores ó curadores. Parece que conviniera un término medio, facultándose al testador para nombrar un guardador que cuide de la persona del pupilo y otro que administre los bienes. Pero no sería compatible con la buena administración el confiarla á dos ó más guardadores á un mismo tiempo. El testador se equivoca con frecuencia al apreciar las aptitudes de los guardadores nombrados, y el mero hecho de proceder dos ó más á una misma administración origina dificultades y desavenencias. Tanto menos necesario nombrar dos ó más guardadores para una sola administración, cuanto según el art. 351 el tutor, en caso necesario, puede exigir se le agregue un guardador.

56. II. También faculta al testador el art. 361 para dividir entre dos guardadores la administración. Esta parte no presenta dificultades. Dividida la administración, se consideran dos ó más guardas distintas, cada uno ejerce separadamente la guarda, y cada uno es responsable sólo de sus actos.

Art. 362. Si hubiere varios pupilos, i los dividiere el testador entre los tutores o curadores nombrados, todos estos ejercerán de consuno la tutela o curaduría, mientras el patrimonio permanezca indiviso; i dividido el patrimonio, se dividirá entre ellos por el mismo hecho la guarda i serán independientes entre sí.

Pero el cuidado de la persona de cada pupilo tocará esclusivamente a su respectivo tutor o curador, aun durante la indivision del patrimonio.

REFERENCIAS.

Pupilos. 346.
Tutores. 341.

Curadores. 342.
Todos estos ejercerán de consuno la tutela ó curaduría. 347. 419.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 400. Si hubiere varios pupilos i los dividiere el testador entre los contutores o concuradores nombrados, todos ellos ejercerán de consuno la tutela o curaduría miéntras el patrimonio permanezca indiviso; i dividido el patrimonio se dividirá entre ellos por el mismo hecho la tutela o curaduría, i serán independientes entre sí.

Pero el cuidado de la persona de cada pupilo tocará exclusivamente a su respectivo tutor o curador, aun durante la indivision del patrimonio (a).

C. E. 352.
C. C. 452.

COMENTARIO.

57. Prevé la ley que hay dos ó más tutores ó curadores; que el testador hubiere nombrado un guardador para cada pupilo, y que el patrimonio de los pupilos permanece indiviso. Dispone que entonces todos los guardadores administren conjuntamente mientras la indivisión. Este caso es muy análogo al previsto en el art. 347, según el cual dos ó más individuos son colocados bajo una misma curaduría mientras el patrimonio permanece indiviso; y la analogía manifiesta la exactitud de nuestras observaciones al propio art. 347, pues juzgamos que había impropiedad al expresar que dos ó más personas estaban bajo una misma guarda.

En virtud de las circunstancias el patrimonio de dos ó

(a) Si hubiere varios pupilos, i los dividiere el testador entre los tutores o curadores nombrados, todos ellos ejercerán de consuno la tutela o curaduría, mientras el patrimonio permanezca indiviso; i dividido el patrimonio, se dividirá entre ellos por el mismo hecho la tutela o curaduría i serán independientes entre sí.

Pero el cuidado de la persona de cada pupilo tocará exclusivamente a su respectivo tutor o curador, aun durante la indivision del patrimonio. (Art. 400. del Proyecto Inédito.)

más personas es administrado, ya por un sólo tutor ó curador, ya conjuntamente por dos ó más. Pero en ambos casos hay tantas tutelas ó curadurías cuantos son los pupilos.

Cuando hay dos ó más tutores ó curadores y todos administran conjuntamente, su responsabilidad es solidaria, y no tienen otro medio de evitarla que el de proceder á la partición de los bienes; la cual, lo repetimos, determina tantos patrimonios como pupilos, y entonces cesa la responsabilidad solidaria de los guardadores.

El inc. 2º del art. 362 confirma el principio de que en todo caso hay tantas tutelas y curadurías cuantos son los pupilos; pues tratándose del cuidado personal de cada uno de éstos y de lo concerniente á su educación, cada pupilo está sujeto al respectivo tutor ó curador.

Art. 363. Si el testador nombra varios tutores o curadores que ejerzan de consuno la tutela o curaduría, i no dividiere entre ellos las funciones, podrá el juez, oídos los parientes del pupilo, confiarlas a uno de los nombrados o al número de ellos que estimare suficiente, i en este segundo caso, dividirlas como mejor convenga para la seguridad de los intereses del pupilo.

REFERENCIAS.

Tutores. 341.
Curadores. 342.
Que ejerzan de consuno la tutela ó curaduría. 347. 419.
Oídos los parientes del pupilo. 42.
Pupilo. 346.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 401. Si el testador nombra varios tutores o curadores que ejerzan de consuno la tutela o curaduría, i no dividiere entre ellos las funciones, podrá el juez, oídos los parientes del pupilo, confiarlas a uno solo de los nombrados o al número de ellos que estimare suficiente, i dividir en este segundo caso las funciones como mejor le parezca para la seguridad de los intereses del pupilo.

Los deberes i facultades de los demas tutores o cura-

dores se limitarán entonces a la vigilancia i responsabilidad que se dirá despues (a).

C. E. 363.

C. C. 453.

COMENTARIO.

58. I. Si el testador nombra dos ó más tutores ó curadores, que ejerzan de consuno la guarda, puede el juez dividir entre ellos las funciones :

II. Para proceder á esa división debe el juez oír á los parientes del pupilo; y

III. Puede el juez confiar la administración á uno sólo de los nombrados, ó á los que él estime conveniente, y dividir las atribuciones como mejor parezca á los intereses del pupilo.

Este artículo es un correctivo de la extrema latitud que da la ley á las atribuciones del testador. Como lo hemos observado muchas veces, el legislador confía á ciegas en que el padre proveerá de la manera más conveniente á todo cuanto atañe así á la educación del pupilo como á la administración de los bienes; pero debía preverse el caso de que el juicio del padre fuese erróneo, porque no era conveniente para el pupilo mismo complicar en extremo la administración de la guarda. Así, por ejemplo, los bienes del pupilo no son de grande importancia; el testador nombra un guardador que se entienda en el cuidado personal y la educación del pupilo, y dos guardadores que administren conjuntamente los bienes. La administración sería entonces una máquina pesadísima, que se moviera con extrema lentitud en perjuicio de la expedita administración de los

---

(a) Si el testador nombra varios tutores o curadores que ejerzan de consuno la tutela o curaduría, i no dividiere entre ellos las funciones, podrá el juez, oídos los parientes del pupilo, confiarlas a uno solo de los nombrados o al número de ellos que estimare suficiente, i dividirlas en este segundo caso, como mejor convenga para la seguridad de los intereses del pupilo.

Los deberes i facultades de los demás tutores o curadores se limitarán entónces a la vigilancia i responsabilidad que se dirán después. (Art. 401 del Proyecto Inédito.)

bienes pupilares. El pupilo mismo, por medio del defensor de menores ó de cualquiera de los guardadores, pudiera dirigirse al juez para que con pleno conocimiento de causa proceda á simplificar el sistema inadecuado proveniente de las disposiciones del testador. El juez oye á los parientes del pupilo conforme al art. 42, y decide que uno sólo de los guardadores administre los bienes.

La disposición del art. 363, insistimos en ello, es importantísima, porque de otra manera los errores del testador, su excesivo celo por la seguridad de los intereses de sus hijos, en fin cualesquiera otras circunstancias que hubiesen influído en el ánimo del testador, acarrearían la absoluta ruina de los bienos pupilares, ó por lo menos obstarían á la unidad de la administración, tan útil y aun necesaria para el fomento de los bienes (a).

Art. 364. Podrán asimismo nombrarse por testamento varios tutores o curadores que se sustituyan o sucedan uno a otro; i establecida la sustitucion o sucesion para un caso particular, se aplicará a los demás en que falte el tutor o curador; a ménos que manifiestamente aparezca que el testador ha querido limitar la sustitucion o sucesion al caso o casos designados (*).

REFERENCIAS

Testamento. 999.
Tutores. 341.
Curadores. 342.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 402. Podrán asimismo nombrarse por testamento varios tutores o curadores que se sustituyan o sucedan uno a otro; i establecida la sustitucion o sucesion para un caso particular, se aplicará a los demas casos en que, permaneciendo el estado de pupilaje, espire la tutela o curaduría, a ménos que manifiestamente aparezca que el testador ha querido limitar la sustitucion o sucesion al caso o casos designados (a).

(*) Duranton. III. 444. — Huc. III. 283.
(a) " Podrán asimismo nombrarse por testamento varios tu-

C. E. 354.

P. de G. 180. Si el padre ó la madre nombraren mas de un tutor á un hijo suyo, con el fin de que los nombrados se sustituyan unos á otros, en el caso de muerte, incapacidad, escusa, ó separacion de alguno de ellos, recaerá la tutela en el primer llamado por el orden de su designación en el testamento, á no ser que el testador determine el lugar en que deban entrar á desempeñarla.

Siempre que se nombre mas de un tutor, se entenderán nombrados por su orden, y sustituyéndose unos á otros.

C. C. 454.

C. M. 441. Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, á quien sustituirán los demás por el orden de su nombramiento en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remoción.

442. Lo dispuesto en el artículo anterior no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela.

D. XXVI. II. 33. Tutoribus ita datis : Lucium Titium tutorem do; si is non vivit, tum Caium Plautium tutorem do, Titius vixerat et tutelam gesserat deinde mortuus erat; Trebatius negat, ad Plautium pertinere tutelam, Labeo contra, Proculus, quod Labeo, ego Trebatii sententiam probo, quia illa verba ad mortis tempus referentur.

33. Se nombraron tutores en esta forma : Nombro por tutor á Lucio Ticio, y si éste no vive, á Gayo Plaucio. Ticio vivía, y administró la tutela, y después murió. Trebacio niega que la tutela pertenece á Plaucio : Labeón dice lo contrario : Próculo dice lo mismo que Labeón : yo apruebo la sentencia de Trebacio, porque aquellas palabras se refieren al tiempo de la muerte.

---

tores o curadores que se sustituyan o sucedan uno a otro; i establecida la sustitucion o sucesion para un caso particular, se aplicará a los demás casos en que falte el tutor o curador precedente; a ménos que manifiestamente aparezca que el testador ha querido limitar la sustitucion o sucesion al caso o casos designados. (Art. 402 del Proyecto Inédito.)

COMENTARIO.

59. I. El testador puede nombrar dos ó más tutores ó curadores que se sustituyan ó sucedan uno á otro :

II. Establecida la sustitución ó sucesión para un caso particular, se aplica á los demás en que falte el tutor ó curador; y

III. No se aplica la regla segunda cuando aparezca manifiestamente que el testador ha querido limitar la sustitucion ó sucesión al caso ó casos designados.

60. I. La sustitución consiste en que se nombre un curador para el caso en que antes de principiar á ejercer el cargo, falte el guardador nombrado, como si fallece éste antes que el testador, ó si se excusa, ó si es incapaz al tiempo de deferírsele la guarda.

La sucesión se efectúa cuando el guardador ha ejercido el cargo, y éste expira por cualquier motivo previsto por la ley ó por el mismo testador.

Nada más natural que el padre prevea el evento de que no desempeñen el cargo los guardadores nombrados en primer lugar, y determine las personas que entonces han de ejercer la guarda. De otra manera hubiera sido muchas veces nugatoria la facultad de nombrar por testamento la persona que intervenga en la educación del pupilo y en la administración de sus bienes.

61. II. Cuando el testador prevé un caso de sustitución ó sucesión, la ley interpreta razonablemente su voluntad presumiendo que el testador se ha propuesto que el sustituto ó sucesor entre á ejercer la guarda cuandoquiera que el primer guardador falte.

62. III. La interpretación de la voluntad cesa si parece que la sustitución ó sucesión es para un caso determinado. Aplícase entonces la regla especialísima puntualizada en el art. 1069 : " Para conocer la voluntad del testador se estará más á la sustancia de las disposiciones que á las palabras de que se hubiere servido ".

Art. 365. Las tutelas i curadurías testamentarias admiten condicion suspensiva i resolutoria, i señalamiento de dia cierto en que principien o espiren (*).

REFERENCIAS.

Tutela. 341.
Curaduría. 342.
Testamentarias. 355.
Condición suspensiva y resolutoria. 1070. 1473. 1479.
Dia cierto. 1081.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 403. La tutela o curaduría testamentaria admite condicion suspensiva i resolutoria, i señalamiento de dia cierto en que principie o espire (a).

C. E. 355.

C. Arg. 384. El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquiera cláusula ó condición no prohibida.

C. C. 455.

I. I. XIV. 3. Ad certum tempus, seu ex certo tempore vel sub conditione, vel *ante heredis institutionem* posse dari tutorem, non dubitatur.	3. Es indudable que se puede dar tutor por cierto tiempo, desde tiempo cierto ó bajo condición, y antes de instituír heredero.

COMENTARIÒ.

63. El testador tiene, además, amplísimas atribuciones:

(*) Merlin. Tutelle. § I. n. I. — Dalloz. Minorité. 138. — Toullier. II. 1105. — Laurent. IV. 370. — Demolombe. VII. 226-230. — Zachariae (M. V.). I. § 198. — Zachariae (A. R.). I. § 89. — Duranton. III. 439-441. — Huc. III. 282. — Febrero. I. 149. 13. — Ortolan. II. 191. — Maynz. III. § 343. — Accarias. L. 128.

(a) Las tutelas i curadurías testamentarias admiten condicion suspensiva i resolutoria, i señalamiento de dia cierto en que principien o espiren. (Art. 403 del Proyecto Inédito.)

1° Para determinar la condición suspensiva ó resolutoria de que dependa el principio ó la terminación de la guarda; y

2° Para señalar día cierto en que la guarda principie y expire.

64. I. La condición se llama suspensiva cuando el acontecimiento futuro é incierto obsta al ejercicio de un derecho ó al desempeño de un cargo. Dice el testador: " Será Pablo guardador de mi hijo Juan, si se casa con María. "

La condición es resolutoria cuando, efectuada, cesa el ejercicio de un derecho ó de un cargo: " Será Pedro guardador de Juan, y dejará de serlo si se casa con María. "

65. II. Puede convenir á los intereses pupilares que la guarda sea administrada por un individuo desde día cierto ó hasta día cierto; y se cumplirá estrictamente la disposición del testador.

El art. 1081 distingue el día cierto en *cierto y determinado* y *cierto é indeterminado*. Cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar y se sabe cúando, como el día tantos de tal mes y año, ó tantos días, meses ó años después de la fecha del testamento ó de la muerte del testador. Cierto é indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona. Ambos casos están previstos en el art. 365, y queda á voluntad del testador fijar un día cierto, determinado ó no, para que la guarda principie ó expire.

66. III. El Código de Napoleón no concede al testador las facultades enumeradas en nuestro art. 365, pues se propone facilitar la administración evitando los cambios de guardador (16). Juzgamos, empero, preferible el sistema

---

(16) " ¿Puede ser nombrado el tutor por tiempo cierto ó bajo condición? Esta es una de las controversias ociosas que en doctrina se discuten y que la jurisprudencia ignora. Juzgamos que no se ha presentado á los tribunales y que á presentarse debía decidirse negativamente sin vacilar. El tutor legítimo es tutor puro y simple; una tutela á plazo ó bajo condición seria absurda. Lo mismo es aplicable cuando la tutela se defiere por uno de los padres sobrevivientes ó por el consejo de familia; la ley no les da derecho de nombrar tutor por cierto tiempo ó bajo condición; luego no lo tienen. Eso se funda en razón. Conviene evitar cam-

del Código chileno, porque el testador es quien debe prever las mil y mil circunstancias que la ley deja inadvertidas.

---

§ 3

De la tutela o curaduria lejitima

Art. 366. Tiene lugar la guarda lejítima cuando falta o espira la testamentaria.

Tiene lugar especialmente cuando, viviendo el padre, es emancipado el menor, i cuando se suspende la patria potestad por decreto de juez (*).

REFERENCIAS.

El inciso 1° 353.
Emancipado 265-267.
Menor 26.
Se suspende la patria potestad 262.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 404. Tiene lugar la tutela lejítima cuando falta o espira la testamentaria.

---

bios de tutor, así para la educación de los menores como para la administración de sus bienes; la ley lo evita excusando más difícilmente de una tutela ya comenzada que de una tutela que todavía no se ejerce. Por la misma razón, debian proscribirse las tutelas á plazo ó condicionales, y la ley las proscribe por no haberlas autorizado. " (Laurent. IV. 370.)

(*). Locré. VII. 131. art. 13-176. 23-234. 4.—Merlin. Tutelle. Sect. II. § II.—Dalloz. Minorité. 5. 66-68. 146. 149. 150.—Toullier. II. 1107.—Laurent. IV. 400-402.—Demolombe. VII. 176-182. 192.—Zachariae (M. V.). I. § 209. 237-Zachariae (A. R.). I. § 101.—Duranton. III. 441-445. 446.—Febrero. I. 148. 10.—Gutiérrez. I. L. I. c. V. art. II.—Gibbon. III. XLIV.—Ortolan. II. 193. 195. 219-223.—Mackenzie. p. 153.—Maynz. III. § 342. 343.—Acearias. I. 130. 134.

Tiene lugar especialmente cuando, viviendo el padre, es emancipado el impúber, o se suspende la patria potestad por decreto de juez.

C. E. 356.

Tiene lugar especialmente cuando, viviendo los padres, es emancipado el menor, y cuando se suspende la patria potestad por sentencia de juez.

C. de N. 402. (Veanse las *Concordancias* del art. 367.)

C. Arg. 389. La tutela legítima tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor á sus hijos, ó cuando los nombrados no entran á ejercer la tutela, ó dejan de serlo.

P. de G. 181. Tiene lugar la tutela legítima :

1° Cuando no ha sido nombrado tutor testamentario, ó el nombrado murió en vida del que le nombró.

2° En los casos previstos en los artículos 82 y 85.

C. C. 456.

C. P. 314. A falta de guardadores nombrados en testamento, desempeñarán este cargo los abuelos y demás ascendientes de una y otra línea, prefiriéndose : 1° el más próximo al más remoto; 2° los de la línea paterna á los de la materna, cuando estén en igual grado; y 3° el varón á la hembra en igualdad de grado y línea.

C. M. 445. Hay lugar á la tutela legítima :

I. En los casos de suspensión ó pérdida de la patria potestad ó de impedimento del que debe ejercerla;

II. Cuando no hay tutor testamentario;

III. Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.

C. de la L. 281. Cuando el padre ó madre sobreviviente no ha nombrado tutor al hijo menor, ó si el tutor no ha sido confirmado, ó se ha excusado, el juez debe deferir la tutela al más próximo de los ascendientes.

I. I. XV. Quibus autem testamento tutor datus non sit his ex lege Duodecim Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitime.

XV. A falta de tutor testamentario, según la Ley de las XII Tablas la tutela se defiere á los agnados; los cuales se llaman tutores legítimos.

D. XXVI. II. 11. § 3. Quodsi tutor testamento datus decesserit, ad legitimum tutela redit, quia hic Senatusconsultum cessat.

11. § 3. Si muriere el tutor que se nombró en el testamento, la tutela vuelve al tutor legítimo; porque en ese caso cesa la constitución del Senado.

IV. 1. Legitimae tutelae

1. Las tutelas legítimas se

lege Duodecim Tabularum agnatis delatae sunt, et consanguineis, item patronis, id est his, qui ad legitimam hereditatem admiti possint. Hoc summa providentia, ut, qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur.

encargan á los agnados y á los consanguíneos por la Ley de las XII Tablas : también á los patronos, esto es, á los que pueden ser admitidos á la herencia legítima : esto por suma providencia, para que los que esperan suceder, cuiden de que no se pierdan los bienes.

COMENTARIO.

67. I. Tiene lugar la guarda legítima cuando falta ó expira la testamentaria.

Esta disposición es reminiscencia de las leyes romanas (17), si bien con algunas modificaciones.

Conforme al Código chileno cuandoquiera que los padres no hubieren nombrado tutor ó curador, ó si, nombrado, no entra á desempeñar el cargo, ó habiéndolo desempeñado, termina éste antes que el pupilo sea mayor, se nombra guardador legítimo.

Entre los romanos la tutela testamentaria excluía todas

---

(17) " Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati, sunt tutores, qui vocantur legitimi. " (Gayo. 1. 155.)

" Examinemos cuándo se efectúa la tutela legítima; lo cual sucede : 1° Cuando el padre de familia ha muerto sin testar ó á lo menos sin dar tutor en su testamento; entonces es intestado de una manera absoluta, ó por lo menos intestado en cuanto á la tutela; 2° Cuando el tutor nombrado muere antes que el testador; éste muere intestado en cuanto á la tutela, porque el nombramiento hecho se extingue antes de su muerte; 3° Cuando el tutor testamentario, que ha desempeñado su cargo algún tiempo, muere ó pierde sus derechos antes que el pupilo hubiere llegado á su pubertad; 4° Cuando el testador no ha deferido la tutela sino para cierto tiempo ó bajo condición : cumplido el tiempo ó la condición, se efectúa igualmente la tutela legítima; en estos dos últimos casos el padre de familia ha testado en cuanto á la tutela, y se considera en cierta manera como intestado para lo demás. " (Ortolan. 1. 195.)

las otras aun de los agnados. Por consecuencia, cuando había tutor testamentario nombrado por cierto tiempo ó bajo condición, se pasaba á la tutela dativa, mas no á la legítima. Si el tutor testamentario moría después de haber ejercido la tutela, se efectuaba la tutela legítima, y lo mismo sucedía cuando el tutor testamentario moría antes que el testador.

Según los arts. 402 y 405 del Código de Napoleón, si el testador nombra guardador, no se efectúa nunca la tutela legítima (18).

Si comparamos el sistema del Código chileno al del Código de Napoleón, nos parece que cada uno de ellos es aceptable según las circunstancias de cada pueblo. En Chile no se ha establecido el consejo de familia, y por lo mismo conviene que á faltar en cualquier caso el tutor testamentario, se confiera la guarda á los parientes legítimos del pupilo. Pero en Francia, donde el consejo de familia ha surtido tan buenos efectos, es preferible el sistema de que el guardador elegido por éste sea preferido al legítimo, cuando hay la circunstancia de que el testador, designando guarda testamentaria, ha excluído á los parientes del pupilo.

68. II. Especialmente tiene lugar la guarda legítima si viviendo el padre es emancipado el menor, ó si se suspende la patria potestad por resolución judicial.

El art. 404 del Proyecto de D. Andrés Bello no se refiere sino á la tutela : " Tiene lugar especialmente " dice, "

---

(18) " La tutela legítima no es admitida sino cuando el padre ó madre sobreviviente ha muerto sin elegir tutor. Si el tutor electo se excusa, si muere antes que la tutela termine, si la madre sobreviviente pasa á segundas nupcias, y no conserva la tutela... : en todos estos casos debe acudirse á la tutela dativa deferida por el consejo de familia, y los ascendientes no son tutores. " (Toullier. 11. 1107.)

" No ha lugar á la tutela legítima de los ascendientes... :

" II. Si el padre ó madre sobreviviente ha dado á sus hijos tutor testamentario.

" Lo cual se efectúa aunque el tutor electo se hubiere excusado; porque aun entonces se le ha elegido, y esa exclusión del padre ó madre sobreviviente podía inducir alguna sospecha que excluye de la tutela á los ascendientes; lo cual basta para que no sean llamados. " (Demolombe. VII. 178. 179.)

cuando viviendo el padre es emancipado el *impúber*, y cuando se suspende la patria potestad por decreto de juez ".

A tratarse exclusivamente de la tutela legítima, era razonable llamar la atención á la circunstancia excepcional de que viviendo el padre fuese emancipado el impúber, ó al caso, también anómalo, de suspenderse la patria potestad por resolución de juez. Pero como se ha modificado el sistema en el art. 366 del Código chileno, declarándose que ha lugar á la tutela ó curaduría legítima cuandoquiera que falte ó expire la tutela ó curaduría testamentaria; la disposición no pasa de una copia innecesaria de lo dispuesto por las Instituciones de Justiniano cuando el padre emancipaba al hijo.

Art. 367. Los llamados a la tutela o curaduría lejitima, son, en jeneral :

Primeramente, el padre del pupilo;

En segundo lugar, la madre;

En tercer lugar, los demás ascendientes de uno i otro sexo;

En cuarto lugar, los hermanos varones del pupilo, i los hermanos varones de los ascendientes del pupilo.

Si no hubiere lugar a la tutela o curaduría del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elejirá entre los demas ascendientes, i a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere mas apta, i que mejores seguridades presentare; i podrá tambien, si lo estimare conveniente, elejir mas de una, i dividir entre ellas las funciones.

Los parentescos designados en este artículo se entienden lejítimos (*).

(*). Locré. VII. 131. art. 13.—149. 6. 7-168. 6-8-176. 23-198. art. 15-17.-218. 9-234. 5-236. 8-237. 11-251.5-254. 11-5-275. 9.—Dalloz. Minorité. 146-148.—Toullier. II. 1106. 1108.—Laurent. IV. 367-369 374-376. 401. 403. 404.—Demolombe. VII. 183-188.—Zachariae. (A. R.). I. § 99. 101.—Zachariae (M. V.). I. § 207. 209.—Duranton. III. 445-449.—Huc. III. 286.—Febrero. I. 148. 10. 11.—Gutiérrez (J). I. II. 13-17.—Gutiérrez (B). I. L. I. c. V. art. II.—Ortolan. II. 232.—Mackenzie. p. 153.—Maynz. III. § 242. 243.—Accarias. I. 130-132.—Montesquieu. XIX. XXIV.

REFERENCIAS.

Tutela ó curaduría legítima 353.
Pupilo. 346.
Oídos los parientes del pupilo. 42.
Elegir más de una y dividir entre ellas las funciones. 419.
El inciso último. 28.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 405.
C. E. 357. Los llamados á la curaduría legítima son :
En primer lugar, el padre del menor :
En segundo lugar, la madre.
Y los llamados á la tutela ó curaduría legítima son :
En tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo :
En cuarto lugar, los hermanos varones del pupilo y los hermanos varones de los ascendientes del pupilo.
Si no hubiere lugar á la curaduría del padre ó madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y á falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones.
Los parentescos designados en este artículo se entienden legítimos.

C. de N. 402. Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à son aïeul paternel; à défaut de celui-ci, à son aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré.

403. Si, à défaut de l'aïeul paternel et de l'aïeul maternel du mineur, la concur-

402. Cuando el padre ó madre sobreviviente no ha nombrado tutor al menor, la tutela se defiere al abuelo paterno; á falta de éste, al abuelo materno, y así subiendo; de manera que el ascendiente paterno sea siempre preferido al ascendiente materno del mismo grado.

403. Si, á falta de abuelo paterno y de abuelo materno del menor, hubiere concu-

rence se trouvait établie entre deux ascendants du degré supérieur qui appartinssent tous deux à la ligne paternelle du mineur, la tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur.

404. Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de famille, qui ne pourra néanmoins que choisir l'un de ces deux ascendants.

rrencia entre dos ascendientes del grado superior, que pertenezcan ambos á la línea paterna del menor, la tutela se defiere á aquel que sea abuelo paterno del padre del menor

404. Si hubiere la misma concurrencia entre dos bisabuelos de la línea materna, el nombramiento se hará por el consejo de familia, que sin embargo no podrá elegir sino el uno de los dos ascendientes.

C. Arg. 390. La tutela legítima corresponde únicamente á los abuelos y hermanos del menor, en el orden siguiente:

1° Al abuelo paterno;

2° Al abuelo materno;

3° A las abuelas paterna ó materna, si se conservan viudas;

4° A los hermanos varones, siendo preferidos los de ambos lados, y entre estos, el de mayor edad.

Estas personas se reemplazarán en la tutela en el orden en que van designadas.

391. El juez no confirmará ó dará la tutela legítima sinó al que por sus bienes ó buena reputación fuese idóneo para ejercerla, quedando esta calificación al arbitrio del juez, debiendo siempre preferir el pariente más idóneo, al menos idóneo, no obstante el órden establecido en el artículo anterior.

P. de G. 182. La tutela legítima corresponde únicamente á los abuelos y hermanos del menor por el orden siguiente:

1° Al abuelo paterno;

2° Al abuelo materno;

3° A las abuelas paterna y materna por el mismo orden, mientras se conserven viudas;

4° A los hermanos varones, siendo preferidos los que lo sean por ambos lados, y entre estos el de mayor edad.

Todas estas personas se reemplazarán en la tutela por el orden que van designadas.

C. C. 457.

C. P. 314. (Véanse las *Concordancias* del art. 366.)

C. M. 446. La tutela legítima corresponde :

I. A los hermanos varones, prefiriéndose á los que lo sean por ambas líneas;

II. Por falta ó incapacidad de los hermanos, á los tíos hermanos del padre ó de la madre.

447. Si hubiere varios hermanos de igual vínculo, ó varios tíos de igual grado, el juez elegirá entre ellos el que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido ya catorce años, él hará la elección.

448. La falta temporal del tutor legítimo se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores.

C. de la L. 282. Si concurren dos ó más ascendientes de un mismo grado y de sexo distinto, defiérese la tutela al varón.

283. Si concurren dos ó más ascendientes en un mismo grado y de un mismo sexo, el juez elegirá á aquel á quien debe deferirse la tutela, según el parecer del consejo de familia.

284. La abuela del menor es la única que puede reclamar la tutela legítima, pero no está obligada á aceptarla.

285. Si el menor no tiene ascendientes, se deferirá la tutela legítima al colateral más próximo, en el grado inmediato después del heredero ó herederos presuntos del menor.

Y si hay dos ó más parientes en un mismo grado inmediatamente después del heredero ó herederos presuntos del menor, el juez elegirá entre ellos aquel á quien deba deferirse la tutela, según el parecer del consejo de familia.

286. El pariente, hasta el cuarto grado inclusive, que se deniegue á encargarse de la tutela, es responsable al menor de todos los daños y perjuicios que de ello le sobrevengan.

287. En la denominación de parientes no se comprende á los afines.

C. Esp. 211. La tulela legítima de los menores no emancipados corresponde únicamente :

1° Al abuelo paterno;

2° Al abuelo materno;

3° Á las abuelas paterna y materna, por el mismo orden mientras se conserven viudas;

4° Al mayor de los hermanos varones de doble vínculo, y

á falta de éstos al mayor de los hermanos consanguíneos ó uterinos.

La tutela de que trata este artículo no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos.

P. VI. XVI. 9. Sin testamento muriendo algun ome, que ouiesse fijos, e non les ouiesse dado guardadores; o si fiziesse testamento, e non los dexasse en guarda de ninguno, o si les dexasse guardadores, e se muriessen ante que el padre dellos; si los moços non ouieren madre, nin auuela, mandamos, que los parientes mas cercanos que ouieren, e que estouieren en vn mismo grado, sean guardadores dellos, e de todos sus bienes. E estos guardadores a tales son llamados, legitimos... Mas si los huerfanos sobredichos ouiessen madre, o auuela, que quisiesse guardar los huerfanos, e sus bienes; estonce dezimos, que la madre lo puede fazer, ante que ninguno de los otros parientes, solo que sea buena muger, e de recabdo... E si la madre non quisiere entremeterse desto, puede estonce el auuela auer la guarda dellos.

I. I. XVI. 7. Cum autem ad agnatus tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos *qui proximiores grado sunt*, vel, si plures eiusdem gradus sunt, *ad omnes pertinet*.

7. Aunque la tutela pertenece á los agnados, no pertenece á todos simultáneamente, sino sólo á los *más próximos en grados*, ó á *todoslos de un mismo grado*, si son dos ó más.

D. XXVI. IV. I (Véanse las *Concordancias* del art. 366.)

8. Si reliquero filium impubere, et fratem, et nepotem ex alio filio, constat, utrosque esse tutores, si perfectae aetatis sunt, quia eodem gradu sunt.

8. Si dejase al hijo impúber, y un hermano, y un nieto de otro hijo, consta que unos y otros son tutores, si son mayores de veinticinco años ; porque están en un mismo grado.

9. Si plures sunt agnati, proximus tutelam nanciscitur, et si eodem gradu plures sint, omnos tutelam nanciscuntur.

9. Si son dos ó mas los agnados el más inmediato se encargará de la tutela; y si dos ó mas están en un mismo grado, todos serán tutores.

10. Agnato propior femina quominus sit impuberis agnati tutor, non obiicitur; ideoque patrus sororem con-

10. La mujer parienta más inmediata que el agnado, no impide á éste que sea tutor del agnado impúber : por

sanguineam habentis fratris filii legitimus erit tutor, nec amita patruo magno, vel matertera fratris filiis, ne sint tutores, obstat.

esto el tío que tiene una hermana consanguínea, será tutor legítimo del hijo del hermano : ni la hermana del abuelo, ni la del padre impiden que sean tutores á los hijos del hermano.

COMENTARIO.

69. Son llamados á la tutela ó curaduría legítima :
Primeramente el padre del pupilo;
En segundo lugar la madre;
En tercer lugar los demás ascendientes legítimos de uno y otro sexo;
En cuarto lugar los hermanos varones del pupilo y los hermanos varones de los ascendientes del pupilo.

70. I. El padre del pupilo no es llamado á la guarda legítima sino cuando emancipa al hijo voluntariamente. Aceptada la emancipación voluntaria, cual la establece el Código chileno, nada más natural que el padre sea guardador del hijo legítimo.

71. II. Si el padre no ejerce la guarda, la madre es quien procede á desempeñarla porque nadie puede ser más idóneo para la buena administración de los bienes del hijo (19).

---

(19) " Discútese el artículo 4 (a), que es el primero de la sección primera.

El Consúl Cambacérès. " Acaso no sea prudente deferir por el ministerio de la ley la tutela á la madre que sobrevive : puede ser ella muy joven y muy inexperta para ejercer tal cargo, y aun menor. Debería por lo menos obligársela á que no proceda sino asistida de un consejo de familia. "

M. Tronchet. " A falta del padre, de todas las personas que pueden cuidar del menor, la madre es la que tiene afecciones más profundas. Por honra se le defiere la tutela; pero no se la obliga cuando ella juzga que ese cargo es superior á sus fuerzas. En segundo lugar, después se determinan los casos en que se niega

(a) Après la dissolution du mariage arrivée par le décès de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère.

Al hablar de la patria potestad observamos que D. Andrés Bello por seguir á ciegas el sistema de las leyes romanas y españolas, incurrió en el anacronismo de no conceder á la madre la patria potestad sobre sus hijos legítimos.

72. III. Entre los ascendientes no se prefiere el varón á la mujer, y aun son llamadas las bisabuelas, lo cual nos parece un absurdo.

Ya hemos visto en las *Concordancias* que el Código de Napoleón no llama sino á los ascendientes legítimos varones, prefiriendo los ascendientes paternos á los maternos (20); y que el Código argentino designa expresamente

---

la tutela á la madre y aún al padre. En fin, la ley supone que habrá siempre un consejo de familia. "

El Cónsul Cambacérès. " Llamando el proyecto indistintamente á la tutela al padre y á la madre, niega al padre el derecho de deferir por testamento la tutela á la madre; porque supone que la madre es tutora por el ministerio de la ley. Muchas mujeres, empero, no tienen conocimientos ni carácter para administrar una familia. Son muy adecuadas para cuidar de la educación de los hijos; justo, pues, confiársela; lo es igualmente exigir que los hijos no puedan casarse sin consentimiento de la madre, pero no debe deferírsele la administración de los bienes sino por un consejo de familia ó por el testamento del padre, á quien debe permitírsele que la excluya. "

M. Tronchet. " La opinión del Cónsul Cambacérès tiene dos partes:

" 1ª Si el padre puede excluir á la madre; lo cual pertenece á la sección II;

" 2ª Si la madre debe ser admitida á la tutela por el consejo de familia; y esto se decide por la naturaleza, que llama á la madre de preferencia á todos los otros parientes.

" Se objeta la inexperiencia del sexo hermoso; pero hay muchas mujeres capaces de administrar bien un patrimonio, y lo administran tanto mejor cuanto desconfían de sus luces para acudir á los consejos de hombres expertos. Después se verá que en casos importantes el tutor debe acudir al consejo de familia. Así, la madre tutora tendrá á su disposición un auxilio necesario y obligatorio. " (Locré, VII. 149. 7.)

(20) " Discútese la sección III, *de la tutela de los ascendientes.*

M. Berlier. " El artículo 13 (b) difiere del proyecto del Código

(b) Lorsque l'enfant mineur n'a ni père ni mère, et qu'il ne lui à pas été choisi un tuteur par le dernier mourant de ses père et

á las abuelas, mas no á las bisabuelas. Evidentísimo que la mujer tiene menos aptitudes que el hombre para la ad-

---

civil en que no exige la confirmación de la familia. Talvez se confía demasiado en los ascendientes, con frecuencia ancianos y poco aptos. "

M. Tronchet. " Entre los proyectos hay otra diferencia más importante : consiste en que la comisión excluye de la tutela á las abuelas, al paso que ellas eran llamadas por el proyecto del Código civil. "

M. Berlier. " La comisión no se ha propuesto excluír de la tutela absolutamente á las abuelas; pero le ha parecido peligroso admitir de derecho á personas en quienes concurre la inexperiencia del sexo femenino y los achaques de la edad. Suprimiendo la vocación de la ley, se les confiere el derecho de ser nombradas por el consejo de familia, que determinará las que puedan ser idóneas para tal cargo. "

El Cónsul Cambacérès. " En todo caso debe preferirse á los ascendientes de la línea paterna, defiriendo la tutela al ascendiente varón cuando se halle en concurrencia con su mujer; en esa línea se vinculan los intereses de la familia, y si no se acepta tal parecer, debe redactarse el artículo de manera que se autorice para las convenciones que modifiquen la ley. "

M. Berlier. " La madre tiene títulos que no pertenecen á la abuela paterna ni á ningún ascendiente varón de esa línea : ha llevado al hijo en su seno, y alimentádole; debe tener por él afecto más vivo que el ascendiente del grado superior. En esta materia nada significa la distinción de líneas; y, por otra parte, la madre tiene sobre la abuela la ventaja de que los años no la han debilitado. "

M. Portalis. " La controversia es ociosa, porque la abuela se excusará de aceptar la guarda cuando no tenga fuerzas para administrarla. "

M. Treilhard. " Debe temerse que consejos pérfidos é interesados induzcan á la abuela á la admisión de la guarda aunque conozca que es muy incapaz. "

M. Réal. " Esta consideración induce á preferir las disposiciones del proyecto del Código civil. "

M. Berlier. " La abuela no siempre es de edad tan avanzada que le sea imposible administrar la guarda. Por esta razón el

mère, la tutelle appartient de droit à son plus proche ascendant mâle.

" En cas de concours de deux ascendants au même degré, la tutelle est dévolue à l'ascendant paternel : il sera procédé au choix du subrogé tuteur comme en l'article précédent.

ministración de los bienes; que debe preferirse la madre á cualquier otra persona, pues sus afecciones por el hijo la inducen á no omitir medio alguno de proceder con acierto; pero tratándose de la abuela, esas afecciones no son ya tan profundas, y, por otra parte, en ella influirían decisivamente los hijos, que pueden tener intereses opuestos á los del pupilo.

Juzgamos, pues, preferible el sistema del Código de Napoleón en cuanto excluye de la guarda legítima á las ascendientes legítimas exceptuándose la madre.

73. IV. Si no hubiere lugar á la tutela ó curaduría del padre ó madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes.

Hé aquí la anomalía de que el juez puede preferir la bisabuela al abuelo.

La audiencia de los parientes no es suficiente garantía de acierto: las personas de la familia proceden mil y mil veces guíadas, no por la justicia, sino por el odio, la enemistad, la afecciones personales; y muy bien puede suceder que por informes apasionados nombre el juez para guardadora á una bisabuela decrépita, posponiendo al abuelo cuya honradez y aptitudes son notorias.

---

proyecto permite que sea tutora, si no hay otros tutores legítimos.

" Pero queda por examinarse si extendiéndose el derecho de la abuela, deba concurrir con los ascendientes varones, ó si la tutela será, respecto á ella, legítima y necesaria ó solo dativa. "

M. Bigot-Préameneu. " El proyecto del Código civil declara que interviene la familia para decidir sobre la preferencia entre los ascendientes. "

M. Tronchet. " Las ascendientes no son excluídas sino cuando hay ascendientes varones. Pero queda por decidir si el bisabuelo excluirá á la abuela. "

M. Treilhard. " La tutela es oficio viril; la madre no es llamada á ella sino como excepción, que talvez convendría suprimir, y no puede ser llamada la abuela. "

El Cónsul Cambacérès. " Opino que la madre misma debía ser excluída de la tutela, dejándola sin embargo el cuidado de los hijos.

" Todas estas observaciones se envían á la comisión. " (Id. 176. 22-24.)

Las facultades que en ese caso concede la ley al juez son en extremo discrecionales. Lo mejor sería que sean llamados sólo los ascendientes legítimos varones, y que se prefiera siempre el más próximo.

74. V. Si no hubiere ascendientes legítimos, el juez tiene la más amplia libertad para elegir uno ó más guardadores, bien entre los hermanos del pupilo, bien entre los hermanos de los ascendientes del pupilo.

De manera que si hay hermanos legítimos del pupilo y hermanos de un bisabuelo, el juez puede designar á estos últimos como guardadores. Lo cual puede acarrear la más absoluta ruina del pupilo.

75. VI. Puede el juez elegir más de un guardador y dividir entre ellos las funciones.

No basta tal atribución para asegurar los intereses del pupilo; pues si no se ha procedido con acierto á elegir uno ó más guardadores, nada significa que uno de los ascendientes se encargue de cuidar la persona del pupilo, y otro ú otros, de la administración de los bienes.

Art. 368. Es llamado a la guarda lejítima del hijo natural el padre o madre que primero le reconozca, i si ambos le reconocen a un tiempo, el padre.

Este llamamiento pondrá fin a la guarda en que se hallare el hijo que es reconocido como natural, salvo el caso de inhabilidad o lejítima escusa del que, segun el inciso anterior, es llamado a ejercerla (*).

REFERENCIAS.

Guarda legitima. 353.
Hijo natural. 36. 270.
Padre ó madre que primero le reconozca. 272.
Inhabilidad ó legitima excusa. 496.

(*) Merlin. Tuteur. (2). § IV.—Dalloz. Minorité 686-700.—Vazeille. II. 478.—Laurent. IV. 413. 414. 418.—Demolombe. VII. 372-376.—Duranton. III. 431.—Demante. II. 148 bis.—Zachariae (M.V). I. § 207.—Huc. III. 289. — Gutiérrez (J.) I. c. VIII. 12.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 406. Es llamado á la tutela lejítima del hijo natural el padre o madre que primero le reconozca, i si ambos le reconocen a un tiempo, el padre.

C. E. 358.

C. Arg. 395. La tutela de los hijos naturales se rije por las mismas reglas que la de los hijos legítimos, con la escepcion que la tutela legítima no tiene lugar respecto de ellos.

P. de G. 270. La tutela legítima no tiene lugar respecto á los hijos naturales.

A falta de tutor testamentario, lo nombrará el consejo de tutela.

C. C. 458.

COMENTARIO.

76. I. Es llamado á la guarda legítima del hijo natural el padre ó madre que primero le reconozca, y si ambos le reconocen á un tiempo, el padre.

Prevénse dos casos:

1° Que el padre y madre reconozcan al hijo natural sucesivamente; y

2° Que ambos padres le reconozcan á un mismo tiempo.

Si el padre hubiere reconocido al hijo después que la madre, lo conveniente y jurídico era que cesando la guarda de la madre, la del hijo se confiriera al padre. Saltan á la vista las razones en que esta opinión se funda. La ley, empero, es clara y terminante, y, aplicándola, corresponde la guarda del hijo á la madre, aun cuando el padre le hubiere reconocido.

Esto, sobre perjudicial á los bienes del hijo, puede acarrearle el grave cuanto irreparable perjuicio de retraer del reconocimiento al padre cuando hubiere precedido el de la madre; pues si el padre sabe que la madre continúa en la guarda, se resolverá á no reconocerle.

77. II. Si el padre ó madre reconoce al hijo natural, cesa la guarda en que éste hubiere estado.

Nadie tiene más interés que el padre ó madre, así en la educación y subsistencia del hijo como en la administra-

ción de los bienes. Luego, conveniente y aun necesario que cese la guarda anterior y que se defiera al respectivo padre ó madre natural.

Esta regla evidencia, además, que el legislador acepta el sistema de que puede terminar una guarda para dar cabida á otra, y por lo mismo en extremo jurídico que, efectuado el reconocimiento del padre, cese la guarda de la madre.

Es de observar que aun cuando según esta regla, reconocido el hijo, termina la guarda en que hubiere estado, ha de entenderse ello en cuanto la ley llama al guardador legítimo. Pero deben preceder las diligencias prescritas en los arts. 373 y siguientes, y mientras no se discierna el cargo al padre ó madre que hubiere reconocido al hijo natural, continúa el primer guardador en la tutela ó curaduría, sin perjuicio de que éste pudiera excusarse, alegando que hay un guardador legítimo.

78. III. Si el padre ó madre que reconoce al hijo natural fuere incapaz de desempeñar el cargo ó tuviere motivo legítimo para excusarse, y efectivamente se excusare, no cesa la guarda del primitivo tutor ó curador.

Muy razonable es tal disposición, porque son manifiestos los inconvenientes que resultan del cambio de guardador, y sólo debe efectuarse él por motivos muy fundados.

Esta regla también evidencia que el reconocimiento no pone fin *ipso iure* á la guarda primitiva, y que el tutor ó curador debe continuar desempeñando el cargo hasta que se le discierna al padre ó madre que hubiere reconocido al hijo natural.

79. El artículo que comentamos repara una omisión del Código francés, que no dicta reglas especiales sobre la guarda del hijo natural (21).

---

(21) " Los hijos naturales son menores hasta la edad de veintiún años así como los hijos legítimos. Siendo incapaces de gobernar su persona y bienes deben tener un protector. Luego, hay una tutela para los hijos naturales. ¿Pero cuándo comienza? ¿Qué tutela ha lugar? El Código guarda silencio sobre estos puntos. De ahí dificultades y dudas y gran divergencia de pareceres.

Según la mayor parte de los autores, el hijo natural está en tutela desde que nace. Demolombe dice que esto es cierto, y Dalloz que es evidente. Fúndase esta opinión en el interés del hijo. Si hay bienes, ¿quién los administrará? No sus padres, pues no tienen la administración legal de los bienes de los hijos. Luego es preciso nombrar tutor. Según esto, debe modificarse el principio admitido declarándose que el hijo natural se halla bajo tutela si adquiere bienes. De donde se deduce que regularmente no ha lugar á la tutela si viven los padres, pues el hijo natural solo á ellos les sucede; en cuanto á las liberalidades que se les puede hacer, ellas serán rarísima excepción. " (Laurent. IV. 413.)

" Opinamos que la tutela de los hijos naturales reconocidos no puede ser legal ni testamentaria, y que siempre es dativa.

" Para que fuese legal sería preciso que la ley la estableciese, y es evidente que en este título los redactores del Código de Napoleón no se refieren sino al padre y madre legítimos, y que ningún artículo establece la tutela legal del padre y madre naturales. Se alega el artículo 415, según el cual el consejo de familia no debe nombrar tutor al hijo sino cuando no tiene padre ni madre. Sin padre ni madre, ni tutor legal; hé aquí lo que el artículo supone; no establece la tutela legal, se refiere á ella; otro artículo, en efecto, establece la tutela legal del padre y madre, esto es, el artículo 390, que evidentemente no se aplica sino al padre y madre legítimos. No es el artículo 405, en efecto, el que se alega para probar que el padre y madre legítimos son tutores de derecho; es el artículo 390; luego el artículo 405 no establece esa tutela; supone que otro artículo la establece; ahora bien, ese artículo no la establece sino para el padre y madre legítimos..... Y nada prueba mejor, á nuestro ver, que la tutela legal del padre y madre naturales no existe, que ciertos medios que se emplean para sostener lo contrario :

' Considerando ', dice la Corte de Grenoble, ' que como la legislación no trata sino de la tutela de los hijos nacidos en matrimonio, se refiere en cuanto á los hijos naturales á la ley natural; que la tutela de los hijos pertenece, como consecuencia de la patria potestad, al padre y madre del hijo natural reconocido; porque las disposiciones del derecho civil y las del derecho natural los constituyen protectores del hijo.....

" La ley natural!..... *Las disposiciones del derecho de la naturaleza!* Hé aquí lo que se alega para probar que el Código de Napoleón ha conferido definitivamente la tutela al padre y madre naturales. No puede confesarse más paladinamente la falta de ley, y por lo mismo falta de tutela legal.

" Que el legislador haya tenido ó no razón, es un problema diverso; pudiera ser que no hubiese de su parte sino olvido; pero asimismo, que de propósito estableciera esa diferencia entre los padres legítimos y los padres naturales; porque á no dudarlo, éstos no merecen igual confianza; y muy obvio es que sobre todo

Art. 369. Si continuando el pupilage cesare en su cargo el guardador lejítimo, será reemplazado por otro de la misma especie (*).

REFERENCIAS.

Guardador legítimo. 353.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 407. Espirando una tutela o curaduría lejítima, será reemplazada por otra tutela o curaduría de la misma especie, i en caso de necesidad por la tutela o curaduría dativa.
C. E. 359.
C. C. 459.

COMENTARIO.

80. Este artículo se limita á prever que expira la guarda del tutor ó curador legítimo, y que el pupilo continúa siendo menor. Entonces el guardador legítimo es reemplazado, no por guardador dativo, sino por otro legítimo. Ya hemos dicho, al comentar el art. 366, que no habiéndose organizado en Chile ni en el Ecuador el consejo de familia, era más conveniente que el guardador legítimo fuese reemplazado por otro de la misma especie, y que

---

cuando se trata de confiarles los bienes del hijo, capitales muy fáciles de disipar, la ley ha querido que intervenga un consejo de familia para examinar la situación, y para apreciar las garantías morales ó pecuniarias que pudieran dar el padre ó madre si se les defiriese la tutela. Acaso les ha parecido más prudente este medio que una remoción que podía llegar tarde, y que fuese menos violenta, menos deshonrosa aún para los padres. " (Demolombe. VIII. 385.)

(*) Laurent. IV. 401. 402. 405.—Demolombe. VII. 192.

(a) Espirando una tutela o curaduría lejítima, será reemplazada por otra tutela o curaduría de la misma especie. (Art. 407 del Proyecto Inédito.)

en Francia, donde tal consejo ha surtido tan buen efecto, debía acatarse la voluntad del testador, que al designar guardador testamentario excluye implícitamente á los legítimos.

El art. 369 se deduce necesariamente del art. 367, que determina el orden en que son llamados los guardadores legítimos. Pero acaso no era por demas, para evitar dudas, la regla expresa que comentamos.

---

§ 4

De la tutela o curaduria dativa

Art. 370. A falta de otra tutela o curaduría, tiene lugar la dativa (*).

REFERENCIAS.

Tutela. 341.
Curaduría. 342.
Dativa. 353.

CONCORDANCIAS.

C. E. 360.

C. de N. 405. Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père ou mère, ni ascendants mâles, comme aussi lorsque

405. Cuando un hijo menor, no emancipado, quede sin padre, madre, ni tutor nombrado por el padre ó madre, ni ascendientes varones; y asimismo cuando

---

(*) Locré. VII. 131. art. 14. 199. art. 18-236. 9-11-254. 13-276. 10.—Dalloz. Minorité. 155.—Laurent. IV. 406. 415.—Demolombe. VII. 189. 192.—Zachariae (A. R.). I. § 102.—Demante. II. 151.—Huc. III. 287.—Kent. II. XXX. 5.—Febrero. I. 149. 13.—Gutiérrez (J). I. II. 23. 24.—Gibbon. III. XLIV.—Mackenzie. p. 1. 153.—Ortolan. II. 224.—Maynz. III. § 342. 343.—Accarias. I. 135. 136.

le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se trouvera ou dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, ou valablement excusé, il sera pourvu, par un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur.

el tutor en uno de los grados sobredichos sea incapaz, ó se excuse válidamente, se proveerá, por el consejo de familia, al nombramiento de tutor.

C. Arg. 392. Los jueces darán tutor al menor que no lo tenga nombrado por sus padres, y cuando no existan, los parientes llamados á ejercer la tutela legítima ó no sean capaces é idóneos, ó hayan hecho dimision de la tutela, ó cuando hubiesen sido removidos de ella.

393. El nombramiento de tutor dativo será hecho sin condicion alguna, y durará hasta que la tutela se acabe.

P. de G. 184. La tutela dativa tiene lugar :

1° Cuando por cualquiera causa cesa el tutor testamentario despues de la muerte del que le nombró.

2° En los casos en que debiendo tener lugar la tutela legítima falten todas las personas llamadas á ejercerla.

C. C. 460.

C. P. 318. Si no hay guardador testamentario ni legítimo, el consejo de familia procederá al nombramiento de dativo.

C. M. 459. La tutela dativa tiene lugar :

I. Cuando no hay tutor testamentario ni persona á quien conforme á la ley corresponda la tutela legítima;

II. Cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados en el art. 446.

C. Esp. 231. No habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la ley á ejercer la tutela vacante, corresponde al consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del art. 200.

P. VI. XVI. 12. Desamparado fincando el moço, que fuesse menor de catorze años, de guisa que su padre non le ouiesse dexado guardador en su testamento, nin ouiesse pariente cercano que lo quisiesse guardar, estonce la madre, e los otros parientes que heredaren a este moço, si moriesse sin testamento, deuen, e pueden pedir al Juez del lugar que le de guardador atal, que sea bueno, e rico, e que entendia que lo rescibe mas por pro del moço, que de si mismo. E si estos atales non piden guardador a tal

moço, como sobredicho es, pierden porende aquel derecho que auian, de heredar en los bienes del huerfano, si muriesse sin testamento. Demas dezimos, que si los parientes fuessen negligentes en demandar guardador al huerfano sobredicho, o si non ouiesse parientes que lo fiziessen, estonce los amigos del moço, o otros qualesquier del Pueblo deuen pedir al Juez, que de al huerfano guardador, que sea atal, que aliñe el pro del moço, e el Juez lo deue fazer por si, e non por otro, auiendo el moço en su valia mas de quinientos marauedis; mas si ouiesse menos, bien puede mandar a otro Juez, que sea menor de si, que lo faga en lugar del. E tal guardador como este, de que fablamos en esta ley, es llamado Datiuo, que quier tanto dezir, como guardador dado por otorgamiento del Juez. E non tan solamente puede fazer esto el Juez sobredicho, mas aun lo puede fazer el Juez de aquel lugar, do nascio el moço, o el padre del. Esso mismo puede ser demandado al Juez del lugar, do ouiere el huerfano la mayor partida de sus bienes; e el Juez deuelo fazer, quier sea el moço delante, o non, e aunque lo contradixesse. Mas si el Juez que da el guardador, non ouiesse por si alguna destas razones sobredichas, non podria estonce el que fuesse puesto por mandado de tal Juez, auer la guarda del moço. E la guarda de cada vno destos guardadores deue durar fasta que el moço sea de edad de catorze años, e fasta que la moça sea de edad de doze, quier sea establecido el guardador en testamento, o de otra guisa.

COMENTARIO.

81. Hemos visto que se llama guarda dativa la que confiere el magistrado (22).

---

(22) " Si cui nullus omnino tutor sit, si datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis qui Atilianus tutor vocantur; in provinciis vero a praesidibus provinciorum ex lege Iulia et Titia. " (Gayo. I. 185.)

" Del artículo 405 y de las reglas sobre la tutela testamentaria y la tutela legítima, se deduce que ha lugar á la tutela dativa en los siguientes casos :

" 1° Cuando un hijo menor queda sin padres, y el último so-

Hemos visto también que cuando el padre ó madre legítimos ó el padre natural designa un guardador por testamento, ese guardador procede á desempeñar su cargo con preferencia á cualquiera otra persona; que el testador no sólo puede nombrar un guardador sino dos ó más que se sustituyan ó sucedan uno á otro; que no ha lugar á la guarda legítima sino cuando falten todas las personas llamadas por el testador; que si hay guarda legítima, el juez no puede designar guardador sino entre las personas llamadas por la ley; y que si discernido el cargo á un guardador legítimo, llega á faltar éste, le subroga otro de la misma especie.

Consecuencia lógica y jurídica de estas reglas es el art. 370, según el cual no se concede al juez la facultad de nombrar guardador sino á no haber testamentario ni legítimo.

---

breviviente no ha dejado tutor testamentario ni hay ascendientes varones;

" 2° Cuando la madre sobreviviente se ha excusado de la tutela;

" 3° Cuando se han excusado el padre sobreviviente, el tutor testamentario ó el ascendiente llamado á la tutela legal;

" 4° Cuando el padre ó madre sobreviviente, el tutor testamentario ó el ascendiente llamado á la tutela, son incapaces ó han sido removidos

" 5° Cuando la viuda que pasa á segundas nupcias no convoca el consejo de familia ó no se le ha dejado la tutela.

" 6° Cuando el tutor testamentario ó el ascendiente tutor muere durante la gestión; y

" 7° Cuando un tutor dativo debe ser reemplazado por cualquier causa. " (Laurent. IV. 406.)

" Del claro tenor del artículo 405 se deduce que ha lugar á la tutela dativa no solo cuando el menor queda sin padres ni tutor electo por ellos ni ascendientes varones, sino también cuando el tutor se excusa, es incapaz ó removido.

" Así, cuando el padre ó madre sobreviviente se excusa ó es incapaz ó removido, no es la tutela testamentaria ni la legítima la que ha lugar, sino la tutela dativa." (Demolombe. VII. 192.)

Art. 371. Cuando se retarda por cualquiera causa el discernimiento de una tutela o de una curaduría, o durante ella sobreviene un embarazo que por algun tiempo impida al tutor o curador seguir ejerciéndola, se dará, por el majistrado, tutor o curador interino, para miéntras dure el retardo o el impedimento.

Pero si hubiere otro tutor, o curador que pueda suplir la falta, o si se tratare de nombrar un tutor o curador que suceda al que actualmente desempeña la tutela o curaduría, i puede éste continuar en ella algun tiempo, no tendrá lugar el nombramiento del interino (*).

REFERENCIAS.

Discernimiento. 373.
Tutela. 341.
Curaduria. 342.
El inciso I°. 350.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 408. Cuando se retarda por cualquiera causa el discernimiento de una tutela o de una curaduría, o durante ella sobreviene un embarazo que por algun tiempo impida al tutor o curador seguir ejerciéndola, se nombrará tutor o curador interino, para mientras dure el retardo o el impedimento.

Pero, si hubiere contutor o concurador que pueda suplir la falta, o si se tratare de nombrar un tutor o curador que suceda al que actualmente desempeña la tutela o curaduría, i puede éste continuar en ella algun tiempo, no tendrá lugar el nombramiento del interino.

C. E. 361. Cuando se retarda por cualquiera causa el discernimiento de una tutela ó curaduría, ó durante ella sobreviene un embarazo que por algún tiempo impida al tutor ó curador seguir ejerciéndola, se dará por el juez, tutor ó curador interino, por el tiempo que duren el retardo ó el impedimento...

C. C. 461.

C. M. 444. Si por un nombramiento condicional de tutor,

(*) Duranton. III. 440.—Febrero. I. 151. 15-156. 1.—Maynz. III. § 343.—Ortolan. II. 225.—Accarias. I. 135.

ó por cualquier otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor, conforme á las reglas generales sobre nombramientos de tutores.

476. Durante el juicio de impedimento ó de excusa, el juez nombrará un tutor interino con los requisitos legales.

I. I. XX. 1. Sed et si testamento tutor sub conditione, aut die certo, datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item, si pure datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo heres existebat, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor si conditio existeret, aut dies veniret, aut heres existeret.

XX. Si el tutor testamentario fuere nombrado bajo condición ó desde día cierto, mientras penda la condición ó el día, se puede dar tutor según estas mismas leyes. Asimismo, si fuese nombrado puramente, mientras no había heredero en virtud del testamento era necesario pedir otro tutor según dichas leyes; y éste dejaba de serlo cuando se cumplía la condición, llegaba el día ó había heredero.

D. XXVI. V. 2. Quum quidam tutores dati appellassent, quidam autem non addesent, Divus Pius rescripsit, dandum temporarium tutorem, qui tutela fungatur.

2. Si algunos de los tutores nombrados apelase del nombramiento, y los otros estuvieran ausentes, respondió el Emperador Pío, que se había de nombrar otro que interinamente administrase la tutela.

COMENTARIO.

82. El guardador dativo puede ser puramente interino, y el art. 371 prevé los dos casos principales en que se nombra guardador interino:

1° Cuando se retarda por calquier causa el discernimiento de la guarda; y

2° Cuando durante la guarda sobreviene al tutor ó curador un impedimento que le obste á ejercerla.

83. Las reglas especialísimas concerniente al curador interino prevalecen sobre las otras, y de ellas se deduce que el guardador interino siempre es dativo.

84. Si hay tutor ó curador testamentario que no puede entrar al desempeño del cargo por algún impedimento, como si fuere menor próximo á cumplir veinticinco años, ó estuviere ausente y se espera su pronto regreso, ó si habiendo guardador legítimo estuviere enfermo ó ausente, procédese al nombramiento de un guardador interino.

85. Las reglas que acabamos de exponer son asimismo aplicables al caso en que durante el ejercicio de la guarda sobrevenga al tutor ó curador algún impedimento, como el de ausentarse por largo tiempo ó el tener grave enfermedad. Entonces, si el guardador no se excusa (la excusa siempre es facultativa) puede poner en conocimiento del juez la necesidad de que se suspenda la guarda y de que nombre guardador interino. Ese guardador, lo repetimos, no será nunca testamentario ó legítimo sino dativo; porque sólo el juez puede apreciar debidamente las mil y mil circunstancias que no siendo susceptibles de preverse por el testador ó por la ley, exijan el nombramiento del interino, y determinen la persona adecuada para desempeñar el cargo por algún tiempo.

86. Puntualizadas las reglas generales sobre el nombramiento del interino, establece la ley las excepciones. No se nombra guardador interino:

1º Cuando hay otro guardador interino que supla la falta; y

2º Cuando se trata de nombrar uno que suceda al que actualmente desempeña el cargo y puede este guardador continuar algún tiempo.

Lo primero se efectúa si hubiere dos ó más tutores ó curadores, testamentarios ó legítimos. En ese caso, lejos de nombrarse guardador interino, el mismo primitivo continúa desempeñando el cargo.

Si entonces la tutela ó curaduría es complicada y gravosa, conforme al art. 341 puede nombrarse tutor ó curador general, pero se evitarían los inconvenientes, en ese caso manifiestos, de nombrar curador interino, cuyas atribuciones son limitadísimas en virtud de la naturaleza misma de su cargo.

El segundo caso previsto por la regla que comentamos puede verificarse cuando el guardador se excusa legalmente. Si, por ejemplo, el curador cumple sesenta y

cinco años, y manifiesta ante el juez que en virtud de la facultad legal exige se le exonere del cargo; atendiendo el juez á que sin grave inconveniente puede continuar la tutela dos ó tres meses, lejos de nombrar interino compelería al primitivo curador á continuar desempeñando el cargo hasta que el sucesor se halle en aptitud de administrar los bienes.

Art. 372. El majistrado, para la eleccion del tutor o curador dativo, deberá oir a los parientes del pupilo, i podrá en caso necesario nombrar dos o mas i dividir entre ellos las funciones, como en el caso del art. 363.

Si hubiere curador adjunto, podrá el juez preferirle para la tutela o curaduría dativa (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador dativo. 363.
Parientes. 42.
Pupilo. 346.
Nombrar dos ó más y dividir entre ellos las funciones. 419.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 409.
C. E. 362.
C. C. 462.

COMENTARIO.

87. I. El juez, para elegir tutor ó curador dativo, debe oír á los parientes del pupilo.

Los parientes son los que conocen todas las circunstancias del pupilo, pueden suministrar al juez todos los datos conducentes á la acertada elección de guardador, y aun al punto importantísimo de si debe nombrarse dos ó más guardadores que administren conjunta ó separadamente.

(*) Laurent. IV. 407. 408. 416-417.

88. II. Puede el juez, en caso necesario, nombrar dos ó mas guardadores y dividir entre ellos las funciones.

Emplea la ley las palabras *en caso necesario*, que parecen impropias, pues el magistrado debe examinar no sólo la necesidad sino la conveniencia del pupilo, ó más bien dicho la conveniencia se confunde en este caso con la necesidad. Cuando, por ejemplo, el pupilo tuviere predios situados en lugares distantes, si el guardador es activo atenderá muy bien á la administración de todos; pero la buena administración de los bienes del pupilo, las mejoras de los mismos, acaso exigieran el nombramiento de dos ó más guardadores, y juzgamos que el magitrado podría hacer la designación y dividir entre ellos las funciones.

89. III. Si hubiere curador adjunto, podrá el juez preferirle para la tutela ó curaduría dativa.

Esta regla fuera más clara diciéndose : el curador adjunto no es incapaz para ser guardador general.

En virtud de las atribuciones que ejerce el juez al designar guardador dativo, puede nombrar la persona que sea más apta para el desempeño del cargo, y si tal aptitud se halla en el curador adjunto, evidentísimo que no hay inconveniente para que el juez le designe.

La regla se limita, pues, lo repetimos, á una declaración del todo ociosa, á saber que el curador adjunto no es inhábil para desempeñar el cargo de guardador general.

Lejos de tener impedimento, en el mero hecho de ejercer el cargo manifiesta que no lo tiene; por cuanto los motivos de incapacidad son generales á todos los guardadores, sean de la clase que fueren; y si el curador adjunto al desempeñar su cargo administra parte de los bienes del pupilo, pudiera convenir que el juez, en virtud de sus atribuciones, y atendiendo exclusivamente á los intereses del pupilo, designe al curador adjunto para guardador general.

TÍTULO XX

DE LAS DILIJENCIAS I FORMALIDADES QUE DEBEN PRECEDER AL EJERCICIO DE LA TUTELA O CURADURIA.

---

90. Según las disposiciones de este título deben preceder al ejercicio de las guardas :

1° El discernimiento;

2° La fianza;

3° El inventario.

No sabemos en qué consisten las diligencias y en qué las formalidades. Acaso las diligencias se refieren al discernimiento, y las formalidades, á la fianza y al inventario. Pero, hablando propiamente, la fianza no es formalidad ni tampoco el inventario; tanto la fianza como el inventario pueden extenderse con las respectivas formalidades.

Juzgamos que el epígrafe hubiera sido exacto diciéndose : De los requisitos que deben preceder al ejercicio de la tutela ó curaduría.

Art. 373. Toda tutela o curaduría debe ser discernida. Se llama *discernimiento* el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo (*).

(*) Savigny. VIII. 380.—Pothier. IX. p. 67. — Laurent. V. 6. —Zachariae (A. R.). I. § 110.—Zachariae (M.V). I. § 100. 217.—

REFERENCIAS.

Tutela. 341.
Curaduría. 342.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 410. a.

411. El tutor o curador ocurrirá al juez; i exhibiendo las pruebas que sumariamente justifiquen que ha sido llamado por acto testamentario o entre vivos, por la lei o el majistrado competente, pedirá que se le discierna la tutela o curaduría.

Si estuviere obligado a dar fianza, la expresará en el pedimento, para que se califique i acepte.

El juez, en el decreto que sobre este pedimento recaiga, aprobará el llamamiento, si hubiere lugar a ello; mandará otorgar la fianza, cuando fuere necesario darla, i le pareciere abonada; i ordenará que el tutor o curador acepte formalmente el cargo, obligando a la recta administracion todos sus bienes, habidos i por haber, i prestando el correspondiente juramento.

Hecho lo cual pedirá el tutor o curador que se le discierna la tutela o curaduría, i que se le entreguen los bienes, previo inventario formal.

El decreto de discernimiento lo ordenará así.

C. E. 363.

C. de N. 418. Le tuteur agira et administrera en cette qualité du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence, sinon, au jour qu'elle lui aura été notifiée.

418. El tutor obrará y administrará en calidad de tal, desde el día de su nombramiento, si éste se ha efectuado en su presencia; si no, desde el día en que él se le hubiere notificado.

C. Arg. 399. Nadie puede ejercer las funciones de tutor, ya sea la tutela dada por los padres ó por los jueces, sin que el cargo sea discernido por el juez competente, que au-

---

Demolombe. VII. 522-527.—Huc. III. 327.—Febrero. I. 150. 15-156. I.—Gutiérrez. I. L. I. c. V. art. III. L. 6. 8. tít. 16. p. 6.—Maynz. III. § 347.

torice al tutor nombrado ó confirmado para ejercer las funciones de los tutores.

C. C. 463.

C. P. 329. Los guardadores legítimos tienen la obligación de pedir el discernimiento del cargo. Si no lo hicieren, el juez lo ordenará de oficio, ó á peticion sea de los parientes, ó del que ejerce el ministerio fiscal, ó de cualquiera del pueblo.

346. Todos los guardadores; sin excepcion alguna, están obligados :

1° A jurar ante el juez que discierna el cargo, y presente el escribano que autorice el acto, que guardarán bien y fielmente la persona y bienes del menor...

C. de la L. 265. La tutela natural se confiere por el ministerio de la ley; cualquiera otra tutela debe ser confirmada ó deferida por el juez.

COMENTARIO.

91. I. Toda tutela ó curaduría debe ser discernida.

Si bien el guardador testamentario y el legítimo los son por el llamamiento del testador ó de la ley, y el guardador dativo obtiene el carácter por la resolución del juez, conveniente era que además del nombramiento hubiese una providencia judicial que autorizase al tutor ó curador para el desempeño de su cargo.

92. II. Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al tutor ó curador para desempeñarlo.

Antes de la publicación del Código civil se llamaba discernimiento el acta en que constaba el juramento del guardador, la promesa que hacía de desempeñar fiel y legalmente el cargo y la determinación de las facultades conferidas por el juez (23).

---

(23) " Ya sean testamentarios, legítimos ó dativos los tutores y curadores, para la administración de los bienes, deben antes apoderarse de la persona y bienes del menor, y de que se les discierna la tutela y curaduría, jurar en manos del juez ó del escribano á quien este comisione, y obligarse á que evacuarán fiel y exactamente el oficio ó cargo de tales, cuidado del huérfano y de sus bienes, como deben, llevando cuenta y razón indi-

Esa práctica era una mera rutina, porque, las atribuciones del guardador no han provenido nunca de la enumeración que de ellas haga, el juez sino de la ley que las determina clara y circunstanciadamente.

Lo singular es que aun promulgado el Código todavía se llama discernimiento el acta extendida por el escribano y suscrita así por el juez como por el guardador en la que éste presta el juramento y aquél enumera las atribuciones.

La resolución juducial era conveniente, porque la fecha del discernimiento es la que determina la capacidad del guardador, y cuándo, principia el privilegio que la ley concede al pupilo sobre los bienes del mismo.

93. Según el Código de Napoleón no hay discernimiento. Si el tutor es testamentario, lo es desde la fecha en que conoce el testamento; si legítimo, cuando sabe que fue nombrado; si dativo, desde la misma fecha.

Esa práctica tiene, á no dudarlo, graves inconvenientes, por cuanto no siempre se conoce á punto fijo cuándo principió el tutor á funcionar en el cargo (24).

---

vidual, clara y expresiva de todo lo que produzcan éstos, y de los verdaderos y efectivos gastos que en su conservación y reparos, y en la educación y alimentos del mismo menor hagan, para darla cuando se les mande con apronto del alcance líquido que contra ellos resulte, sin perjudicarle ni dejarle indefenso, pena de los daños que por su culpa, omisión ó negligencia se le irroguen, y tomando para el acierto el competente consejo, en lo que el suyo no baste, de letrados y peritos que puedan y sepan dárselo. " (Febrero. I. 156. 1.)

(24). " El art. 418 dice : ' El tutor administrará como tal, desde el día de su nombramiento, si se efectuare en su presencia; si no, el día en que se le hubiere notificado '. La notificación se efectúa á solicitud de un miembro del consejo designado al efecto; debe hacerse dentro de tres días de la deliberación, y además un día por cada tres miriámetros de distancia entre el lugar donde se ha reunido el consejo y el domicilio del tutor.

" El Código no habla del tutor legítimo. Se ha deducido de ahí que entra en sus funciones el día en que se defiere la tutela : no puede ignorar, dice Troplong, la ley que se la defiere. No, pero puede ignorar que se ha deferido la tutela. El tutor legítimo principia sus funciones el día en que se defiere la tutela, ¿si está en los Estados Unidos y la tutela se defiere en Francia? Administrar es proceder de hecho, lo cual supone ante todo que sea

Art. 374. Para discernir la tutela o curaduría será necesario que preceda el otorgamiento de la fianza o caucion a que el tutor o curador esté obligado.

Ni se le dará la administraction de los bienes, sin que preceda inventario solemne (*).

REFERENCIAS.

Discernir. 373.
Tutela. 341.
Curaduría 342.
Fianza. 2335. 2337.
Caución. 46.
A que el tutor ó curador esté obligado. 375.
Administración. 391.
Bienes. 565.
Inventario solemne. 381.

CONCORDANCIAS.

C. E. 364.

C. Arg. 408. Discernida la tutela, los bienes del menor no serán entregados al tutor, sinó despues que judicialmente hubiesen sido inventariados y avaluados, á menos que antes del discernimiento de la tutela se hubiera hecho ya el inventario y tasacion de ellos.

P. de G. 223. Todo tutor, antes de entrar en el ejercicio

---

posible hacerlo; preciso pues atender á la realidad de las cosas, y determinar en qué instante puede administrar el tutor. Ahora bien, no lo puede antes que tenga conocimiento de la delación de la tutela. Lo mismo es en cuanto al tutor testamentario. Queda por averiguar si es necesaria la notificación para advertir al tutor que se le ha deferido la tutela. La ley no lo exige, y sólo el legislador podría designar la autoridad que notifique, y el plazo en que deba efectuarse. A falta de ley, no se puede exigir sino que el tutor legal ó testamentario haya conocido la delación de la tutela, y que esté en posibilidad de administrarla.

" El determinar cuál es el instante preciso en que el tutor entra sus funciones es importantisimo, por cuanto desde entonces data la hipoteca legal del menor. " (Laurent. V. 6.)

(*) Locré. VII. 17-276. 10.—Laurent. IV. 371.—Demolombe. VII. 568. 569.—Berriat-Saint-Prix. I. 584.—Febrero I. 167. 2.—Gutiérrez (J.). I. 1. 13.—Ortolan. II. 231.—Maynz. III. § 347.—Acarias. I. 141. 145.

de su cargo, asegurará con hipoteca las resultas de la administracion segun se ordena en los títulos XIX y XX, Libro III de este Código.

C. P. 346. Todos los guardadores, sin excepcion alguna, están obligados... :

3° A garantir con fianzas saneadas la responsabilidad de su administracion; excepto los abuelos, á quienes exime esta ley, y los guardadores testamentarios cuando los haya eximido el testador.

C. M. 480. El tutor, antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo. Esta caución consistirá :

I. En hipoteca;

II. En fianza.

481. No se admitirá la fianza, sino cuando el tutor no tenga bienes en que constituír la hipoteca.

482. Cuando los que tenga no alcancen á cubrir la cantidad que ha de asegurarse conforme al artículo siguiente, la garantía podrá consistir, parte en hipoteca, parte en fianza, ó sólo en fianza, á juicio del juez y previa audiencia del curador.

483. La hipoteca, y á su vez la fianza, se darán :

I. Por el importe de las rentas que deban producir los bienes raíces en dos años y los réditos de los capitales impuestos, durante el mismo tiempo;

II. Por el de los bienes muebles y el de los enseres y semovientes de las fincas rústicas;

III. Por el de los productos de las mismas fincas en dos años, graduados por peritos ó por el término medio en un quinquenio, á elección del juez;

IV. Por el de las utilidades anuales en las negociaciones mercantiles ó industriales, calculadas por los libros si están llevados en debida forma, ó á juicio de peritos.

484. Si los bienes del menor enumerados en el artículo que precede, aumentan ó disminuyen durante la tutela, podrán aumentarse ó disminuirse proporçionalmente la hipoteca y la fianza, á pedimento del tutor, del curador ó del Ministerio público.

485. Si el tutor, dentro de tres meses después de aceptado su nombramiento, no pudiere dar la garantía por las cantidades que fija el art. 483, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.

C. Esp 252. El tutor, antes de que se le defiera el cargo, prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestion.

253. La fianza deberá ser hipotecaria ó pignoraticia. Sólo se admitirá la personal cuando fuese imposible constituír alguna de las anteriores. La garantía que presten los fiadores no impedirá la adopción de cualesquiera determinaciones útiles para la conservación de los bienes del menor ó incapacitado.

254. La fianza deberá asegurar :

1° El importe de los bienes muebles que entren en poder del tutor;

2° Las rentas ó productos que durante un año rindieren los bienes del menor ó incapacitado.

3° Las utilidades que durante un año pueda percibir el menor de cualquiera empresa mercantil ó industrial.

257. La fianza hipotecaria será inscrita en el Registro de la propiedad. La pignoraticia se constituirá depositando los efectos ó valores en los establecimientos públicos destinados á este fin.

258. Deberán pedir la inscripción ó el depósito :

1° El tutor;

2° El protutor;

3° Cualquiera de los Vocales del consejo de familia.

Los que omitieren esta diligencia serán responsables de los daños y perjuicios.

259. La fianza podrá aumentarse ó disminuirse durante el ejercicio de la tutela según las vicisitudes que experimenten el caudal del menor ó incapacitado y los valores en que aquélla esté constituída.

No se podrá cancelar totalmente la fianza hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión.

P. VI. XVI. 9..... Pero dezimos, que ante que vsen de los bienes de los moços, deuen dar fiadores valiosos al Juez del lugar, que prometan, e se obliguen por los guardadores, que ellos aliñaran, e guardaran bien, e lealmente, los bienes de los huerfanos, e los frutos dellos.

l. l. XXIV. Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum qui quaeve in curatione sunt, negotia curatoribus tutoribusve consumantur vel diminuantur, curat praetor ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpe-

XXIV. Para impedir que los bienes de los pupilos se pierdan ó menoscaben por los tutores ó curadores, debe el pretor cuidar que rindan fianza. Esta regla no es absoluta, pues los tutores testamentarios no están comprendidos en tal obligación,

tuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore approbata est. Item, ex inquisitione tutore vel curatores dati, satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.

porque el testador mismo reconoció su fidelidad y diligencia. Tampoco deben dar fianza los tutores y curadores cuando ha precedido indagación, porque se ha reconocido su idoneidad.

D. II. VIII. 8 § 4 Tutor et curator, ut rem salvam fore pupillo caveant, mittendi sunt in municipio, qui necessaria est satisdatio.

8 § 4. El tutor y el curador han de ser remitidos al municipio, para que den fianza de conservar indemnes los bienes del pupilo.

COMENTARIO.

94. I. Para discernir la tutela ó curaduría será necesario que preceda el otorgamiento de la fianza ó caución á que el guardador esté obligado.

Ya observamos en circunstancias idénticas que no son voces sinónimas fianza y caución; que caución comprendre la fianza, hipoteca y prenda. En el presente caso no es admisible cualquier caución, pues el guardador tiene de dar fianza ó constituír hipoteca. Muy sencillo hubiera sido decir: para discernirse la guarda será necesario que preceda la fianza ó la hipoteca á que el guardador *esté obligado*, porque conforme al art. 365 la ley exonera á ciertas personas de la obligación de rendir fianza.

La fianza es precaución absolutamente necesaria para asegurar los intereses pupilares, pues no bastan los privilegios que la ley concede à los pupilos en los bienes de los guardadores (25).

---

(25) La obligación de dar fianzas seguras y saneadas los tutores y curadores para administrar los bienes..., se entiende para con los legítimos, aunque sean la madre y la abuela; bien que la fianza de éstas basta que sea en cuanto puedan, pues por el amor que profesan á sus hijos y nietos, y porque les han de dejar su hacienda, presume el derecho que lejos de disiparles su patrimonio, se lo conservarán y aumentarán, por cuyos motivos se las ha de tratar con indulgencia, y no pedirles fianzas tan

Si la fianza es lo que asegura plenamente los intereses del pupilo, síguese que el juez no puede discernir la guarda mientras aquélla no proceda.

95. II. No se le dará al guardador la administración de los bienes sin que preceda inventario solemne.

Algún tanto oscura nos parece esta regla; pues la palabra *administrar*, empleada en su acepción genuina, significa todas las gestiones que haga el guardador en cuanto á los bienes pupilares. Así, por ejemplo, el guardador que contesta una demanda sobre reivindicación de bienes que posee el pupilo, en realidad de verdad los administra; y es evidentísimo que tan luego como la guarda se discierna al guardador, debe comparecer en juicio á nombre del pupilo.

Parece, pues, que la ley exige que los bienes pupilares no entren en poder del guardador sino á medida que los inventaríe, por cuanto corrieran ellos peligro en el tiempo entre el discernimiento y el inventario.

Si la fianza asegura la solvencia del guardador, el inventario es requisito indispensable para resguardar los intereses del pupilo; porque mientras no le haya no puede saberse qué bienes componen el patrimonio cuya administración se confía al guardador.

---

cuantiosas como á los demás parientes y tutores, sino las que buenamente puedan. Lo mismo procede para con los dativos que, precedida inquisición y reconocimiento, nombra el juez inferior por falta de legítimos, porque en él no reside la suprema potestad que en los tribunales supremos para eximirlos de darlas. Pero los testamentarios, ya sean legítimos ó extraños, y confirmados ó no por el juez, no están obligados á afianzar, porque nuestro derecho y el común los exime, sin embargo de que sean nombrados en testamento inválido; pues por el hecho de nombrarlos el testador, aprueba su fe y diligencia en el cuidado y administración de la persona y bienes del huérfano." (Febrero. l. 158. 5.)

Art. 375. Son obligados a prestar fianza todos los tutores o curadores, esceptuados solamente :

1° El cónyuje i los ascendientes i descendientes lejítimos;

2° Los interinos, llamados por poco tiempo a servir el cargo;

3° Los que se dan para un negocio particular, sin administracion de bienes.

Podrá tambien ser relevado de la fianza, cuando el pupilo tuviere pocos bienes, el tutor o curador que fuere persona de conocida probidad i de bastantes facultades para responder de ellos (*).

REFERENCIAS.

Obligados. 1437.
Fianza. 2335-2339.
Tutores ó curadores. 338.
Ascendientes y descendientes legítimos. 27. 28.
Interinos. 371.
Los que se dan para un negocio particular. 345.
Administración. 391.
Pupilo. 346.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 412. Son obligados a prestar fianza todos los tutores o curadores, exceptuados solamente :

1° Los testamentarios;

2° Los interinos, llamados por poco tiempo a servir el cargo;

3° Los que se dan para un negocio particular, sin administracion de bienes;

4° El cónyuje i los padres lejítimos, a cualquiera especie de guarda que fueren llamados.

Podrá tambien ser relevado de la fianza, cuando el pupilo tuviere pocos bienes, el tutor o curador que fuere persona de conocida probidad i de bastantes facultades para responder de ellos.

En lugar de la fianza, podrá prestarse hipoteca especial suficiente (a).

(*) Febrero I. 158. 3. — Gutiérrez (J.) I. V. 1-4.

(a) Son obligados a prestar fianza todos los tutores o curadores, exceptuados solamente.

C. E. 365. Están obligados á prestar fianza todos los tutores ó curadores, exceptuados solamente...

C. C. 465.

C. M. 487. Están exceptuados de la obligación de dar garantía :

I. Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador;

II. Los tutores, de cualquiera clase que sean, siempre que el incapaz no esté en posesión efectiva de sus bienes, y sólo tenga créditos ó derechos litigiosos;

III. El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que conforme á la ley son llamados á la tutela de sus descendientes; salvo lo dispuesto en el art. 490;

IV. Los que recojan á un expósito, y le alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, á no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

488. Los comprendidos en la frac. I. del artículo anterior, sólo estarán obligados á dar garantía cuando con posterioridad á su nombramiento haya sobrevenido causa ignorada por el testador, que haga necesaria *aquélla*, *á juicio* del juez y previa audiencia del curador.

489. En el caso de la frac. II. del art. 487, luego que se realicen algunos créditos ó derechos, ó se recobren los bienes, aun cuando sea en parte, estará obligado el tutor á dar la garantía correspondiente. El curador vigilará, bajo su más estrecha responsabilidad, el cumplimiento de este artículo.

490. Cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes ó en los hijos, no se dará garantía; salvo el caso de que el juez, con audiencia del curador, lo crea conveniente.

C. Esp. 260. Están exentos de la obligación de afianzar la tutela :

1° El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que son llamados á la tutela de sus descendientes;

1° El cónyuje i los ascendientes i descendientes lejítimos;

2° Los interinos, llamados por poco tiempo a servir el cargo;

3° Los que se dan para un negocio particular, sin administracion de bienes.

Podrá tambien ser relevado de la fianza, cuando el pupilo tuviere pocos bienes, el tutor o curador que fuere persona de conocida probidad i de bastantes facultades para responder de ellos. (Art. 412 del Proyecto Inédito.)

2º El tutor testamentario relevado por el padre ó por la madre, en su caso, de esta obligación. Esta excepción cesará cuando con posterioridad á su nombramiento sobrevengan causas ignoradas por el testador, que hagan indispensable la fianza á juicio del consejo de familia.

3º El tutor nombrado con relevación de fianza por extraños que hubiesen instituído heredero al menor ó incapaz, ó dejádole manda de importancia. En este caso la exensión quedará limitada á los bienes ó rentas en que consista la herencia ó el legado.

COMENTARIO.

96. I. Deben prestar fianza todos los guardadores.

Por regla general todos rinden fianza, pues ella, lo repetimos, es la principal de las seguridades para precautelar los resultados de la administración. No basta el privilegio concedido á los pupilos, porque el guardador puede ser persona de escasas facultades, y de honradez y aptitudes para desempeñar el cargo.

El Codigo civil, tan minucioso y aun redundante respecto de otras disposiciones relativas á las guardas, no determina cómo se procede para calificar la fianza que rinden los guardadores. " Advierto ", dice Febrero, " que en la recepción de estas fianzas debe tener el juez mucho cuidado, pues por defecto de éste se da á los menores acción subsidiaria contra él; porque lo mismo es admitirlas malas é insuficientes que no recibirlas; pues bien que si al tiempo de la recepción fueren buenas, no tendrá el juez responsabilidad, sin embargo de que los fiadores decaigan después de fortuna. "

Sorprende que teniendo D. Andrés Bello á la vista esta juiciosa doctrina no hubiese aprovechado de ella declarando expresamente que el juez debe indagar por la solvencia del fiador, nombrando un guardador que represente al pupilo en todo cuanto atañe á la fianza, y que si por negligencia del curador especial fuere insolvente el fiador, el curador será responsable de todos los perjuicios que de ello se originen al pupilo.

Conforme al art. 412, ningún acto ó contrato en que directa ó indirectamente tiene interés el tutor ó curador,

puede ejecutarse ó celebrarse sino con autorización de los otros tutores ó curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, ó por el juez en su falta. Pudiera decirse que esta disposición, como comprendida en el título de la administración de los tutores ó curadores, no es aplicable á las diligencias que á ella deben preceder, y para evitar dudas, es de todo punto necesario una disposición expresa sobre el nombramiento de curador especial que represente al pupilo en todo cuanto atañe á la fianza.

En el Ecuador, preciso es confesarlo, se procede en esto con la más punible negligencia, pues se recibe la fianza sin nombrar siquiera un curador que represente al pupilo.

En el foro de Quito hemos visto un caso en que ascendiendo los bienes del pupilo á más de ochenta mil pesos, se admitió á un guardador como toda seguridad una hipoteca constituída en una casa avaluada en cuatro mil. No intervino curador especial que representase al pupilo, y el juez, indigno de desempeñar tal cargo, aceptando esa insignificante caución, procedió al discernimiento.

97. II. La ley exceptúa de rendir fianza :

1° Al cónyuge, los ascendientes y los descendientes legítimos ;

2° Á los interinos llamados por poco tiempo á servir el cargo; y

3° Á los que se dan para un negocio especial sin administración de bienes.

El cónyuge, los ascendientes legítimos inspiran plena confianza, porque en virtud de las relaciones mismas con el pupilo deben proceder con la mayor diligencia á la administración de los bienes.

Por otra parte, si se les exigiese fianza, muchas veces pudiera obstar ello á que estas personas, más idóneas que cualquiera otra para desempeñar el cargo, se abstuviesen de ejercerlo por no hallar fiadores.

Durante los largos años que el Código chileno ha regido en el Ecuador, no ha presentado inconveniente alguno la previsora excepción de exonerar de fianza al cónyuge, á los ascendientes legítimos.

Como la fianza exige que se indague la solvencia del fiador conforme al art. 2342 del Código civil, y ello retardaría necesariamente el discernimiento de la guarda in-

terina, que puede ser urgentísima, se ha juzgado necesario relevar de fianza al guardador interino, llamado por poco tiempo á ejercer el cargo.

Cuando el guardador interino es llamado á desempeñar el cargo largo tiempo, lo cual apreciará el juez según las circunstancias, correrían peligro los bienes pupilares si la fianza no se rindiese, y entonces se comprende ella en la regla general.

Saltan á la vista las razones en que se funda el legislador para relevar de fianza al curador especial que interviene en un asunto determinado sin administración de bienes.

98. III. Puede también ser relevado de fianza el guardador cuando concurren las siguientes circunstancias:

1ª Que los bienes del pupilo sean pocos;

2ª Que el guardador sea persona de conocida probidad; y

3ª Que el mismo guardador tenga suficientes facultades para responder de los bienes.

Ninguna regla da el legislador para determinar cuándo se consideran pocos los bienes. Lo módico del patrimonio depende de las circunstancias, y especialmente de la relación entre el patrimonio del pupilo y las facultades del guardador. La prudencia del juez apreciará tales circunstancias.

La conocida probidad del guardador es un punto de hecho susceptible de prueba. Debiera rendirse ésta citándose á un curador especial que nombre el juez para que defienda al pupilo en el incidente sobre la probidad y facultades del guardador.

Nada dice el art. 375 sobre la manera de calificar la solvencia del guardador. Parece que en este caso pudieran aplicarse las disposiciones del Código civil sobre la solvencia del fiador.

Art. 376. En lugar de la fianza prevenida en el artículo anterior, podrá prestarse hipoteca suficiente.

REFERENCIAS.

Fianza. 2325.
Hipoteca. 2407.
Todo el artículo. 2337.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 412...
En lugar de la fianza, podrá prestarse hipoteca especial suficiente.
C. E. 366.
C. C. 466.

COMENTARIO.

99. En vez de le fianza prescrita por el art. 375 puede constituírse hipoteca suficiente,

Eso es del todo conforme al sistema del Código civil sobre la fianza. La fianza es entonces legal, porque se constituye en virtud de la ley; y para este caso el art. 2329 declara que la fianza puede sustituirse con hipoteca. Ambas son contratos accesorios, esto es, celebrados exclusivamente con el objecto de asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones, y no tratándose sino de seguridad, mayor es la que presta la hipoteca.

La hipoteca, según el art. 2431, puede extenderse al duplo del importe conocido ó presunto de la obligación principal. Eso manifiesta que tratándose de la hipoteca constituída por los guardadores también debe procederse á determinar, breve y sumariamente, el precio de las fincas hipotecadas, para conocer si aseguran los intereses del pupilo.

Necesario, pues, ampliar la ley declarando que si la hipoteca se constituye en vez de la fianza, el guardador especial investigue si el precio de la finca hipotecada asciende á todo el patrimonio del pupilo, y que si no ascendiere, se exija que se complete la hipoteca.

No se diga que estas precauciones dificultarían la admi-

nistración de las tutelas y curadurías; pues si no entran á desempeñar el cargo los guardadores testamentarios ó legítimos, tiene el juez amplísimas facultades para señalar un guardador dativo cuya solvencia sea manifiesta y á quien pudiera compelérsele á constituir la respectiva hipoteca.

Si en la práctica se notan dificultades para el discernimiento de las guardas, proviene ello de falta de energía de los jueces, que admiten pretextos en vez de las excusas que la ley determina taxativamente.

El principio esencial que debe guiar en esta materia al legislador consiste en asegurar á todo trance los intereses pupilares, expuestos siempre á perderse por la administración de guardadores negligentes ó infieles.

Art. 377. Los actos del tutor o curador que aun no han sido autorizados por el decreto de discernimiento, son nulos; pero el decreto, una vez obtenido, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 338.
Discernimiento. 373.
Nulos. 1681. 1682.
Pupilo. 346.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 416. Los actos del tutor o curador que aun no ha sido autorizado por el decreto de discernimiento, son nulos; pero el decreto, una vez obtenido, validará los actos anteriores de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo, o menoscabo en los bienes (a).

(*) Febrero. I. 151. 15. — Gutiérrez. (J.) I. III. 21.

(a) Los actos del tutor o curador, que aun no han sido autorizados por el decreto de discernimiento, son nulos; pero el decreto, una vez obtenido, validará los actos anteriores, de cuyo

C. E. 367.

C. Arg. 407. Los actos practicados por el tutor á quien aún no se hubiere discernido la tutela, no producirán efecto alguno, respecto del menor; pero el discernimiento posterior importará una ratificación de tales actos, si de ellos no resulta perjuicio al menor.

C. C. 467.

COMENTARIO.

100. I. Los actos del tutor ó curador que aun no han sido autorizados por el discernimiento, son nulos.

Según el art. 373 toda guarda debe ser discernida, y el discernimiento consiste en que el juez autoriza al guardador para el desempeño de su cargo. Si bien el guardador es llamado el día mismo en que el testador fallece, ó, á falta de guarda testamentaria, cuando el pupilo necesita guarda legítima ó cuando el juez designa guardador dativo; tal llamamiento no es sino la designación de la persona, mas el guardador no representa al pupilo sino desde el instante en que el juez le discierne el cargo.

Y si no le representa, evidentísimo que los actos del pretenso guardador no pueden surtir efecto alguno contra el pupilo; pues según el art. 1448 lo que una persona ejecuta á nombre de otra, estando facultada por ella ó por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado el mismo. Luego, cuando la ley no faculta al guardador para representar al pupilo, los actos de aquél no obligan á éste, y en ese sentido dice la ley que son *nulos*.

101. Impropia nos parece la denominación de *nulos* que se da en ese caso á los actos y contratos del guardador que no lo es sino en apariencia. El art. 1681 declara que son nulos los actos ó contratos á que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para su validez; en el caso actual el pupilo no ha contratado, y por lo mismo el contrato no es válido ni nulo.

---

retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo. (Art. 415 del Proyecto Inédito.)

Si un tercero cualquiera se denominase guardador y contratara á nombre del pupilo, y averiguáramos qué efectos ha surtido acerca de éste el contrato, no diríamos que ha celebrado un contrato nulo ni válido, sino que el pupilo no ha contratado, por cuanto es un principio, que en jurisprudencia puede pasar por axioma, que los actos ó contratos obligan, no á terceros, sino á quienes los ejecutan ó celebran.

De ahí proviene que el art. 407 del Código argentino (copiado en las *Concordancias*) expresa que los actos ejecutados por el tutor á quien no se hubiere discernido la tutela, no surtirán efecto alguno en cuanto al menor. Esto es exactamente lo que significa en el artículo que comentamos la palabra *nulidad*.

No se juzgue que se trata de meras palabras, pues á concederse que hay mera nulidad del contrato, esta es relativa, y la acción para pedirla prescribe en cuatro años contados desde que cese la incapacidad del pupilo, mas admitiéndose, como debe admitirse, que el pupilo no ha contratado por medio de su representante legal, deduciremos la consecuencia de que en ningún tiempo puede alegarse el contrato para exigirse al pupilo el cumplimiento de las obligaciones que de él provienen.

Limitámonos por ahora á estos apuntamientos, pues cuando comentemos el título de la nulidad distinguiremos la diferencia esencial entre el contrato nulo y el contrato que nunca se ha celebrado.

102. II. El discernimiento, una vez obtenido, validará los actos anteriores de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo.

La ley ratifica en este caso el contrato, dando al discernimiento efecto retroactivo.

Hemos visto que puede transcurrir algún tiempo entre la designación del guardador y el discernimiento, porque á éste debe preceder la respectiva caución, y para ella es necesario investigar, bien la solvencia del fiador, bien la suficiencia de la hipoteca; pueden suscitarse acerca de esto controversias, y en dos ó tres meses necesarios para terminarlo todo, pueden presentarse casos urgentísimos en que sea absolutamente necesario proveer á los intereses del pupilo; como el dictarse providencias conservativas,

el interrumpir una prescripción, el pago de una deuda cuya omisión acarrearía graves perjuicios al pupilo, etc., etc. El legislador no podía desconocer que en este caso el guardador, llamado ya á ejercer el cargo, estaba facultado para velar por los intereses del pupilo, y de ahí, lo repetimos, que da efecto retroactivo al discernimiento, pero sólo en los límites trazados por la ley, esto es, cuando la omisión de los actos hubiera podido ocasionar perjuicios al pupilo.

Art. 378. El tutor o curador es obligado a inventariar los bienes del pupilo en los noventa dias subsiguientes al discernimiento, i ántes de tomar parte alguna en la administracion, sino en cuanto fuere absolutamente necesario.

El juez, segun las circunstancias, podrá restrinjir o ampliar este plazo.

Por la neglijencia del guardador en proceder al inventario i por toda falta grave que se le pueda imputar en él, podrá ser removido de la tutela o curaduría como sospechoso, i será condenado al resarcimiento de toda pérdida o daño que de ello hubiere resultado al pupilo, de la manera que se dispone en el art. 423 (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 338.
Obligado. 1437.
Inventariar. 381. 382.
Bienes. 565.
Pupilo. 346.

(*) Locré. VII. 149. art. 53. — Pothier. Personnes. 174. — Dalloz. Minorité. 407-411. — Toullier. II. 1189-1191. 1195-1197. Laurent. V. 8-11. — Demolombe. VII. 545-547. 568. 569. 595-597. — Zachariae. (M. V.). I. § 21. 219. — Zachariae (A. R.) I. § 112 — Huc. III. 390. 391. 393. — Demante. II. 200-208 bis. II. — Duranton. III. 534. 536. 537. — Berriat-Saint-Prix. I. 1574-1576. — Febrero. I 158. 4-8. — Gutiérrez. (J.) II. I. 1-34. 109. 110. — Gutiérrez. (B.) I. L. I. c. V. § V. — Maynz. III. § 347. — Accarias. I. 141.

Noventa días. 48. 49.
Administración. 291.
El inciso 2°. 1494.
Negligencia. 44.
Removido de la tutela ó curaduría como sospechoso. 539.
El inciso 3°, 1556-1558.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 417. El tutor o curador es obligado a inventariar los bienes del pupilo cuan prontamente le fuere posible despues del discernimiento de la tutela ó curaduría; i ántes de tomar parte alguna en la administracion, sino en cuanto fuere absolutamente necesario.

Por su neglijencia en este punto, i por toda falta grave de exactitud en el inventario, podrá ser removido de la tutela como sospechoso, i condenado al resarcimiento de toda pérdida o daño que de ello hubiere resultado al pupilo.

C. E. 368. El tutor ó curador están obligados á inventariar los bienes del pupilo en los noventa días subsiguientes al discernimiento, sin poder antes tomar parte alguna en la administración, sino en cuanto fuere absolutamente necesario...

C. de N. 451. Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur.

S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal.

451. En los diez días que sigan al de su nombramiento, debidamente conocido por él, el tutor exigirá que se leventan los sellos, si se hubieren puesto, y que se proceda inmediatamente al inventario de los bienes del pupilo, con intervención del protutor.

Si algo debe el pupilo al tutor, deberá éste declararlo en el inventario, so pena de caducidad; lo hará requerido por el funcionario público, y en el acta se mencionará requerimiento.

C. Arg. 408. (Véanse las *Concordancias* del art. 374.)

P. de G. 224. El tutor está obligado á formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del menor, en el término que el consejo de familia le asigne, y con intervencion del protutor; esta obligacion no podrá ser dispensada por nadie.

C. C. 468.

C. P. 346. Todos los guardadores, sin excepcion alguna, están obligados... :

4° A hacer inventario solemne, conforme á lo prescrito en el Código de enjuiciamientos.

C. M. 506. El tutor está obligado á formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del menor, en el término que el juez designe y con intervención del curador. Este término no podrá ser mayor de seis meses.

C. Esp. 264. El tutor está obligado... :

3° A hacer inventario de los bienes á que se extienda la tutela dentro del término que al efecto le señale el consejo de familia.

C. A. 222. El tribunal encargado de velar por los bienes de los menores, debe hacer fijar sellos, formar inventario de los bienes y hacerlos avaluar.

P. VI. XVI. 15. Aliñar, e endereçar los bienes de los huerfanos que ouieren en guarda deuen los guardadores en esta manera. Ca luego ante que otra cosa fagan, deuen fazer escrito de todos los bienes, de los moços, con otorgamiento del Juez del logar; e sea fecho por mano de alguno de los Escriuanos publicos. E a este escrito atal llaman en latin, Inventarium. E en tal escritura como esta deuen ser trasladados todos los priuillejos, e las cartas de las heredades de los moços. E si el guardador non fiziere tal escrito como este, puedele toller el Juez del logar la guarda de los huerfanos, e de sus bienes, como a ome sospechoso. Pero si el guardador mostrasse razon derecha por que non pudo fazer el inuentario, non le deuen de sapoderar de los huerfanos, nin de sus bienes. Mas deuenle mandar, que faga luego el inuentario sin alongamiento ninguno. E despues que este ouiere fecho, deuen los Guardadores endereçar las cosas del huerfano, que non cayan, e fazer labrar las heredades, e criar los ganados, que fallaren en los bienes del finado. E esto deuen fazer a buena fe, e lealmente.

D. XXVI. VII. 7. Tutor, qui repertorium non fecit,

7. Si el tutor no hiciere repertorio, que vulgarmente

quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id, quod pupilli interest; quod ex iureiurando in litem aestimatur. Nihil itaque gerere ante inventarium factum eum oportet, nisi id, quod dilationem nec modicam exspectare possit.

se llama inventario, repútase que incurrió en dolo, á no ser que pueda alegar alguna causa necesaria y justísima para no haberlo hecho : esto supuesto, si alguno por dolo no hiciere inventario, es responsable de lo que importa al pupilo, según jure judicialmente; y no debe administrar cosa alguna interin no haga inventario, sino lo que no admite ni aún una corta dilación.

COMENTARIO.

103. I. El guardador debe inventariar los bienes del pupilo en los noventa días subsiguientes al discernimiento.

Como el inventario es una descripción circunstanciada de todos los bienes que el guardador debe administrar, constituye en realidad el cargo de la cuenta puntualizada en el art. 415.

Fundándose los redactores del Código de Napoleón y del Código chileno en los graves peligros de la prueba testimonial, han exigido prueba escrita aun para los actos y contratos de poca importancia; y tanto más indispensable el inventario tratándose de los bienes de personas incapaces, cuanto ellas en razón de sus mismas circunstancias no pueden velar por sus intereses.

La necesidad del inventario se presenta, pues, clara como los axiomas (26).

---

(26) " El inventario es uno de los actos más importantes de la tutela, es, por decirlo así, la base fundamental de la administración del tutor.

" El inventario, efectivamente, tiene dos objetos : 1° Que consten, en cuanto al tutor, todos los bienes que recibe y cuya cuenta debe rendir; y 2° Manifestar, de una manera absoluta, el

104. II. El juez, según las circunstancias, puede ampliar ó restringir el plazo de noventa días.

Tal plazo es por lo regular suficiente para la formación del inventario; pero como los bienes pueden ser tan exiguos que basten una ó dos semanas, ó haber predios situados en parajes distantes, concédese al juez la atribución de restringir ó ampliar el plazo de noventa días.

105. III. El inventario debe practicarse antes que el guardador tome parte alguna en la administración sino en cuanto fuere absolutamente necesario (27).

---

estado de los negocios del menor y la importancia de su hacienda.

" El inventario debe comprender los bienes que pertenecen al menor cuando principia la tutela.

" Se ha dudado, empero, si el padre ó madre sobreviviente, guardador legal, debe formar, dentro de diez días, inventario de sucesión del difunto. La duda proviene : 1° De que el artículo 725 concede á todo heredero tres meses para formar inventario, contados desde el día de la apertura de la sucesión; y 2° De que podria suceder que el inventario fuese infructuoso si el consejo de familia juzgase que al menor le conviene renunciar de plano la sucesión, sin emprender en las molestias y gastos del inventario.

" Pero debe responderse que el menor es heredero del difunto; que posee los bienes de la sucesión, los cuales deben considerarse como suyos mientras no la repudie, y que, por lo mismo, debe inventariarse...

" Luego, el inventario de la sucesión del padre ó madre debe comenzarse en los diez días y continuarse sin interrupción.

" Esta obligación nace, no del artículo 1442, sino del artículo 451. " (Demolombe. VII. 545. 550.)

(27) " Adviértase además que antes de hacer el inventario no pueden administrar ni practicar cosa alguna el tutor ni el curador, y si la practicaren es nula, incurren por derecho en infamia, y se les puede romover por sospechosos; bien que la costumbre es aprobar lo que hicieren antes de la formación del inventario, sin atender á otra cosa más que á si les está discernido el cargo para tenerlos por partes legítimas. " (Febrero. 1. 159. 7.)

" Rursus inventarii confectio adeo est nesessaria, ut ante inventarium administrare tutor vel curator non possit, et si administret infamis est, et veluti suspectus revocari potest. " (Gutiérrez, (I.) II. 1. X. 57.)

" Una antigua regla de Derecho prescribe que el tutor no pueda entrar en la administración de los bienes antes de formar inventario.

Parece que tal disposición está por lo menos en discordancia con el inc. 2° del art. 374 : " *No se le dará la administración de los bienes sin que preceda inventario solemne.* " Según el inciso que comentamos puede tomar parte en la administración en cuanto fuere necesario; mas el art. 374 declara que no puede tomar parte alguna en la administración mientras el inventario no se forme.

Acaso pudieran conciliarse estas disposiciones, atendiéndose á los actos en que consiste la administración. Según el art. 2132 son actos de administración del mandatario *pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perseguir en juicio á los deudores, intentar las acciones posesorias, interrumpir la prescripción.* Tales actos no exigen, por decirlo así, la administración material de los bienes, esto es, que se hallen en poder del guardador, el cual demandaría, por ejemplo, á un deudor cuando, á no hacerlo, se pusieran en peligro los intereses del pupilo.

Mas si el acto de administración exige la tenencia de los bienes, juzgamos que en virtud de los arts. 374 y 478 el guardador no pudiera proceder á ese acto sino á medida que, inventariándose los bienes, los reciba; pues nada

---

" Tan conveniente regla se deduce del artículo 451; y por lo regular el tutor no debe proceder antes del inventario, sino á las gestiones urgentes é indispensables. " (Demolombe. VII. 668.)

" Por el inventario debe comenzar el tutor sus gestiones. No debe ejecutar antes sino los actos que no puedan diferirse. El inventario es el fundamento de la cuenta de la tutela; el título que manifiesta lo que el tutor ha recibido, y la primera partida de la cuenta que debe rendir. Levantándose los sellos y formándose el inventario, el tutor recibe de la justicia los bienes que administrará, y cuya cuenta debe rendir. " (Toullier. 11. 1191.)

" El inventario es la base fundamental de la administración y al formarlo debe emplearse el mayor esmero. En cuanto al tutor, según el inventario rinde la cuenta, y, en cuanto al pupilo, es igualmente necesario para determinar el estado de sus bienes de fortuna... Una regla de Derecho fundada en la opinión de todos los autores antiguos, prescribe que el tutor no proceda á la administración de los bienes antes de formar inventario. " (Dalloz. Minorité. 407.)

fuera más peligroso que el administrador disponga de los bienes antes de la formación del inventario.

106. IV. La negligencia del guardador en proceder al inventario y las faltas graves que en él se le pudieran imputar, surten los siguientes efectos :

1° Puede ser removido de la guarda como sospechoso :

2° Debe ser condenado al resarcimiento de toda pérdida ó daño que de ello hubiere resultado al pupilo, conforme al art. 413 (28).

Nótese que lejos de imponerse al juez el deber de remover al guardador por la negligencia en el inventario y por las faltas graves que en él se le puedan imputar, le concede la atribución de atender á todas las circunstancias para decidir si debe ó no removerse al guardador; y que esta disposición parece que pugna con el art. 539, especialísimo á la remoción de los guardadores : " Los tutores ó curadores *serán removidos*..... : 2° Por falta ó culpa grave en el ejercicio de su cargo, y en especial por las

---

(28) " Los tutores y curadores no solo están obligados á dar fianzas, sino también á hacer después de discernida la tutela y curaduría, y no antes, inventario solemne, formal y específico, ante escribano público y testigos, de todos los bienes muebles, raíces, créditos, derechos y acciones correspondientes al menor á costa de éste, sin que sea necesaria la presencia del juez á él, lo cual se entiende sin embargo de que su padre los releve de ejecutarlo; pues no será obedecido (no obstante decir algunos lo contrario), porque cede en detrimento de su hijo, y se da lugar á ocultación: cuyo inventario tiene tal fuerza, que no se le admite contradicción, aun en el caso de que pongan en él más de lo que tenía, y quieran probarlo al tiempo de dar la cuenta de su tutela ó curaduría.

Pero aunque en tiempo debido hayan hecho el inventario, si no lo formalizaron con la rectitud, pureza, claridad é individualidad debidas...; ó por dolo y sin causa justa, no incluyeron en él todos los bienes y créditos tocantes á sus menores; ó los pusieron tan oscura y confusamente que ni se les puede reconvenir por cosa cierta; serán responsables igualmente al daño é interés, el cual se probará por el juramento judicial que contra ellos haga la parte interesada capaz de jurar, estando cierta de lo que jura y pide, y concurriendo en ella los demás requisitos que explicaré cuando trate del juicio civil ordinario; pues es lo mismo que si no lo hubieran hecho. " (Febrero. 1. 159. 4. 7.)

señaladas en los arts. 378 y 444. ¿Habrá efectivamente contradicción entre los dos artículos? Juzgamos que no. Según el art. 378 el juez, atentas todas las circunstancias, determina si la negligencia en proceder al inventario y las faltas que en éste haya, envuelven culpa grave. De manera que lo facultativo del juez consiste en la apreciación de las circunstancias concernientes á la culpa grave; pero si declara que la hay, debe removerle necesariamente aplicando el art. 539.

Acaso hubiera sido más conforme á la lógica y á la jurisprudencia que en el art. 378 sólo se hablase de la obligación de proceder al inventario, y que en cuanto á la remoción se limitase á referirse al art. 539.

107. En el art. 378 se menciona el tutor ó curador sospechoso, de que hablan con tanta frecuencia las leyes romanas, sus expositores, y los jurisconsultos españoles Gutiérrez y Febrero, á quienes Bello siguió paso á paso en todo cuanto concierne á las guardas. El Código chileno no mienta al guardador *sospechoso* sino en este caso, determinando la sospecha como causa para la remoción; pero al tratar de la remoción no se acuerda de los guardadores sospechosos. Síguese, pues, que en este pasaje de la ley se entiende por guardador sospechoso el que inspira desconfianza por la negligencia en el desempeño de su cargo. Pero lo mejor hubiera sido omitir esa exótica expresión.

108. En cuanto á la indemnización de perjuicios, éstos pueden provenir :

1° Del retardo en la formación del inventario; y

2° De la negligencia en formarlo.

Probada la negligencia en cualquiera de los dos casos, se concede al pupilo el derecho puntualizado en el art. 423, esto es, el de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante, y " se condenará ", añade, " en la cuantía apreciada y jurada, salvo que el juez haya tenido á bien moderarla ".

Volveremos á este importantísimo punto al comentar el art. 423.

Art. 379. El testador no puede eximir al tutor o curador de la obligacion de hacer inventario (*).

REFERENCIAS.

El testador. 354-356. 358-360.
Tutor ó curador. 341. 342.
Obligación. 378. 1437.
Inventario. 381-382.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 418.
C. E. 369.
C. Arg. 385. Son prohibidas y se tendrán como no escritas, las cláusulas que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor, ó de dar cuenta de su administración todas las veces que se le ordena por este Código, ó lo autoricen á entrar en la posesion de los bienes antes de hacer el inventario.
418. Cualesquiera que sean las disposiciones del testamento en que el menor hubiese sido instituído heredero, el tutor no puede ser eximido de hacer el inventario judicial.
P. de G. 417. (Véanse las *Concordancias* del art. 378.)
C. C. 469.
C. A. 223. El inventario debe formarse siempre, aunque lo prohiba el padre ó el testador.

COMENTARIO.

109. El testador no puede eximir al guardador de la obligación de hacer inventario.
El testador ejerce la facultad de dejar asignaciones al guardador, y ello no tiene más límite que las prohibiciones

---

(*) Dalloz. Minorité. 415.—Toullier. II. 1198.—Troplong. Donations. I. 262.—Demolombe. VII. 548. 549.—Laurent. V. 10.—Zachariae (A. R.) I. § 112.—Zachariae (M. V.). I. § 219.— Demante. II. 208 bis. V.—Duranton. III. 538.—Febrero. I. 159. 4. —Gutiérrez. II. 1. 35-45.

legales en cuanto á lo disponible de los bienes. Luego, si el testador no tiene legitimarios, aun pudiera instituir heredero universal al guardador, limitándose á dejar legados al pupilo. Si hay legitimarios, el testador puede disponer libremente, según los casos, ya de la mitad de los bienes, ya de la cuarta, sin que haya prohibición alguna de que esas cuotas se dejen al guardador. Pero hubiera sido inmoral conceder al guardador amplia facultad para disponer libremente de los bienes del pupilo, omitiendo la formación del inventario.

El Código de Napoleón no encierra precepto alguno análogo al que comentamos; sin embargo los más notables expositores se acuerdan en que no puede eximirse al guardador de la obligación de inventariar (29), porque son de

---

(29) " Opinamos que es más jurídico declarar nula, en todo caso, la prohibición de formar inventario...

" Objétase que el testador puede legar todos sus bienes al tutor mismo, y se dice que quien puede lo más puede lo menos.

" Este argumento no siempre es perentorio, y respondo : Quien puede una cosa, no siempre puede otra : *Fecit quod non potuit; non fecit quod potuit.*

" ¿Puede el testator exonerar al tutor de rendir cuenta? Todos convienen en que no lo puede.

" Pudiera asimismo objetarse en ese caso que el testador hubiera podido legar al tutor todos los bienes, y ha podido *a fortiori,* dispensarlo de dar cuenta.

" Ahora bien, los autores que enseñan la doctrina que refuto, enseñan al mismo tiempo que la dispensa de rendir cuenta sería nula.

" Luego el argumento *qui potest maius, potest et minus,* no es decisivo.

" El testador puede asignar liberalmente con las condiciones que le convengan; pero en cuanto esas condiciones no obsten á los requisitos indispensables cuya ejecución exige la ley imperativamente.

" Así, según el artículo 1030, el testador que no tiene legitimarios no podría sin embargo nombrar para albacea á un individuo incapaz de obligarse.

" Se conviene en que el tutor no puede ser relevado de rendir cuenta.

Y la obligación de formar inventario es correlativa de la de rendir cuenta; la primera es el medio, la base según la cual la segunda puede cumplirse.

" Luego, la imposibilidad de dispensar al tutor de rendir

derecho público las disposiciones concernientes á las tutelas y curadurías, y porque, lo repetimos, pugnaría con

---

cuentas, lleva consigo virtualmente la imposibilidad de exonerarle del inventario.

" El tutor mismo no podría ser obligado á recibir sin inventario los bienes de que es responsable; no puede obligársele á que dependa su responsabilidad de pruebas inciertas y peligrosas, en vez de la prueba clara y positiva, que la ley exige atendiendo al interés común de las partes.

" Todo esto es tan cierto, que los partidarios de la sobredicha doctrina reconocen que por lo menos debe formarse un inventario privado con intervención del protutor.

" Lo cual significa que la prohibición de inventariar no subsiste en ese mismo sistema, y que todo se reduce, á la diferencia de que el inventario, en vez de instrumento público, conste de instrumento privado.

" Llevada á ese terreno la controversia pierde mucho de su interés; pero creo que aun esa diferencia no es legal, y que regularmente no es permitido dispensar al tutor de los requisitos según los cuales quiere la ley que se forme el inventario, ni del inventario mismo; porque es una disposición única é indivisible la que impone al tutor ese deber.

" Hay más. El inventario no solo es una medida importante dictada en beneficio del pupilo en cuanto al tutor; tambien es una garantia del menor contra las pretensiones de los acreedores del testador, que pretendieran compelerle al pago de deudas que asciendan á más del precio de los bienes que recibe; y hé aquí por qué exige el articulo 461 que la aceptación de las sucesiones deferidas al pupilo no se efectúe sino con beneficio de inventario,

" Si, en efecto, no se forma inventario de los bienes en que sucede el menor á título universal, su patrimonio sería responsable aun *ultra vires* para con los acreedores personales del testador; y ese peligro es uno de los que la ley ha querido precisamente precaverle siempre. " (Demolombe. VII. 549.)

" ¿Puede el testador dispensar al tutor de la obligación de formar inventario? Evidente nos parece, la negativa. ¿Por qué prescribe la ley el inventario? Es una garantía para el pupilo; todas las garantías que la ley establece en beneficio de los incapaces son de orden público; y por lo mismo no es permitido omitirlas (art. 6). El inventario atañe también á las buenas costumbres, porque conduce á impedir la malversación de los bienes, esto es, un hecho inmoral; y no puede contravenirse á las leyes que atañen al orden público ó á las buenas costumbres. Esto basta para decidir la controversia. Objétase que el testador, si no tuviese legitimarios, pudiera dejar todos los bienes al tutor;

la moral la disposición que exonerase al guardador del deber de inventariar los bienes.

---

y con mayor razón, se dice, puede exonerarle de dar cuentas; porque quien puede lo más puede lo menos. Hé aquí una de esas máximas triviales, que se aplican sin ton ni son. A no dudarlo quien puede lo más puede lo menos, cuando entre lo más y lo menos no hay ninguna razón de diferencia, cuando lo menos se halla en el mismo orden de ideas que lo más; pero cuando lo menos pertenece á otro orden de principios, no es aplicable el adagio. El testador puede donar al tutor todos sus bienes en virtud del derecho de propietario. Pero nadie puede contravenir á las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres; luego el testador no puede exonerar al tutor de formar inventario. No se trata aquí de un *menos*, trátase de un orden de ideas del todo diferente. En los legados que el testador deja al tutor no se trata del orden público y las buenas costumbres; al paso que al dispensar del inventario se violan el orden público y las buenas costumbres. Juzgamos inútil insistir en esa controversia; á nuestro ver es una de las que deberian desaparecer de de la ciencia del Derecho. " (Laurent. V. 10.)

" Nos parece que la obligación de formar inventario es esencial á la tutela, y generalmente á toda administración de bienes ajenos. Justiniano exceptuó, empero, el caso en que el testador dispensaba por el testamento que trasmitia los bienes al pupilo, pero juzgo que esta excepción, no sancionada por la ley, no puede admitirse en nuestro Derecho. En vano se alegaría el principio que permite en general al donante, libre para no donar, imponer á sus liberalidades las condiciones que á bien tenga, para extender ó disminuir los efectos. Ese principio no es aplicable á las condiciones contrarias á la ley, y conceptúo como tal la condición de que se trata, porque extinguiría verdaderamente, desnaturalizándola, la propiedad que el donante se proponía trasmitir. El testator, á no dudarlo, podía ó no podía dejar los bienes; pero no podía, dejándolos, privar al nuevo propietario de los medios de asegurar la conservación de sus cosas. Luego, la prohibición de formar inventario se reputara no escrita (art. 900); y sin distinguirse si el pupilo era ó no legitimario del testador. " (Demante. V. 208 *bis*. V.)

Art. 380. Si el tutor o curador probare que los bienes son demasiado exiguos para soportar el gasto de la confeccion de inventario, podrá el juez, oidos los parientes del pupilo i el defensor de menores, remitir la obligacion de inventariar solemnemente dichos bienes i exijir solo un apunte privado, bajo las firmas del tutor o curador, i de tres de los mas cercanos parientes, mayores de edad, o de otras personas respetables a falta de éstos.

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Probaren. 1698.
Bienes. 565.
Inventario. 1681.
Oidos los parientes. 42.
Pupilo. 346.
Obligación. 378. 1437.
Parientes. 27.
Mayores de edad. 26.
Todo el artículo. 1701. 1703.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 419. Si el tutor o curador jurare que los bienes son demasiado exiguos para soportar el gasto de la confeccion de inventario, podrá el juez, oídos los parientes del pupilo, remitir la obligacion de inventariar formalmente dichos bienes, i exijir solamente un apunte privado, bajo las firmas del tutor o curador, i de tres de los mas cercanos parientes, mayores de edad, o de otras personas respetables a falta de éstos (a).

C. E. 370. Si el tutor ó curador probaren que los bienes son demasiado exiguos para soportar el gasto de la formación de inventario, podrá el juez, oídos los parientes del

(a) Si el tutor o curador probare que los bienes son demasiado exiguos para soportar el gasto de la confeccion de inventario, podrá el juez, oidos los parientes del pupilo, remitir la obligacion de inventariar solemnemente dichos bienes i exijir solamente un apunte privado, bajo las firmas del tutor o curador, i de tres de los mas cercanos parientes, mayores de edad, o de otras personas respetables a falta de éstos. (Art. 418 del Proyecto Inédito.)

pupilo y el defensor de menores, remitir la obligación de inventariar solemnemente dichos bienes, y exigir sólo un apunte privado, firmado por el tutor ó curador y por tres de los más cercanos parientes, mayores de edad, ó por otras tres personas respetables, á falta de éstos.

C. C. 470.

COMENTARIO.

110. Cuando el guardador probare que los bienes son demasiado exiguos para soportar los gastos del inventario, puede el juez remitir la obligación de inventariarlos solemnemente; para lo cual deben observarse los siguientes requisitos :

1° Oír á los parientes del pupilo y al defensor de menores; y

2° Exigir un apunte privado de los propios bienes, bajo las firmas del guardador y de tres de los más cercanos parientes del pupilo, mayores de edad, ó de otras personas respetables á falta de éstos.

La principal circunstancia que debe justificar el guardador consiste en que los bienes son en extremo exiguos, y que, por tanto, el pupilo mismo se perjudicaría gravemente si se procediese al inventario solemne (30).

Cuando el pupilo es heredero no presenta dificultad la prueba de lo exiguo de los bienes; pues al nombramiento de guardador preceden siempre la apertura de la sucesión y los trámites á ello concernientes; lo cual suministra datos sobre la cuantía de los bienes pupilares.

---

(30) " ¿Deberia formarse inventario aun cuando los gastos que él ocasione absorbieren casi todo el precio de los bienes?

" El afirmarlo parece muy rigoroso y muy poco conforme á la razón.

" De hecho, entonces casi nunca se forma inventario. Pero en derecho, ¿cómo justificar tal proposición? La ley es absoluta; no determina ningún otro medio de hacer constar los bienes de que el tutor es responsable; hubiera podido, á no dudarlo, atribuír al consejo de familia apreciar el estado de los bienes y dar su parecer; pero no lo ha hecho.

" Regularmente, pues, debe formarse un inventario, á lo menos extenderse una acta de carencia. " (Demolombe. VII. 551.)

En los demás casos la prueba presenta dificultades, y el juez debe ser muy cauto al apreciarla.

La audiencia de los parientes es entonces un trámite decisivo, porque si ellos proceden de buena fe, el juez fallará con pleno conocimiento de causa.

Respecto al a punte privado, muy poco hay que observar. Debe hacerse una descripción circunstanciada de los bienes, determinándose el precio de los muebles, y suscribirse por todas las personas que en él intervienen.

Este apuntamiento hace de inventario solemne, y por lo mismo constituye prueba plena, sin admitirse ninguna en contrario, de los bienes que, pertenecientes al pupilo, entraron en poder del guardador; y en cuanto á sus efectos, se sujeta á lo prescrito en lo arts. 385 á 388 inclusive.

Art. 381. El inventario deberá ser hecho ante escribano i testigos en la forma que en el Codigo de enjuiciamientos se prescribe (*).

REFERENCIAS.

Inventario. 378.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 420. El inventario deberá ser hecho ante escribano i testigos en la forma que en el Código de procedimientos civiles se prescribe.

C. E. 371.

C. C. 471.

C. Esp. 265. El inventario se hará con intervención del protutor y con asistencia de dos testigos elegidos por el consejo de familia. Este decidirá, según la importancia del caudal, si deberá además autorizar el acto algún Notario.

(*). Dalloz. Minorité. 413.—Laurent. V. 3.—Demolombe. VII. 553.—Febrero. I. 159. 4.

COMENTARIO.

111. El inventario será hecho ante escribano y testigos en la forma que en el Código de enjuiciamientos se prescribe.

El inventario debe ser solemne, por cuanto se trata de extender un instrumento público que constituya prueba plena de todos los bienes pertenecientes al pupilo, y de tomarse todas las precauciones conducentes á evitar que se le perjudique.

Si bien varían las solemnidades prescritas en los Códigos de enjuiciamientos, no puede prescindirse de la intervención de escribano, funcionario llamado por la ley á autorizar los instrumentos públicos, y dos ó tres testigos hábiles, que suscribiendo el acta, puedan en caso necesario dar razón de la exactitud de lo que ante ellos se hubiere hecho; peritos que avalúen los bienes muebles, y que determinen la cantidad y la calidad de las especies sujetas á corrupción.

Art. 382. El inventario hará relacion de todos los bienes raices i muebles de la persona cuya hacienda se inventaria, particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida, con espresion de la cantidad i calidad; sin perjuicio de hacer las esplicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad del guardador.

Comprenderá asimismo los títulos de propiedad, las escrituras públicas i privadas, los créditos i deudas del pupilo de que hubiere comprobante o solo noticia, los libros de comercio o de cuentas, i en jeneral todos los objetos presentes, esceptuados los que fueren conocidamente de ningun valor o utilidad, o que sea necesario destruir con algun fin moral (*).

(*) Pothier. IX. p. 67.—Laurent. V. 9. 12-14.—Toullier. II. 1190. 1192-1194.— Demolombe. V. 546. 550. 557.—Duranton. III. 535. 539.—Zachariae (M. V.) I. § 219.—Zachariae (A. R.) I. § 112.—Gutiérrez. (B.) I. L. I. c. V. § IV.—Febrero. I. 159. 4.—Accacrias. I. 141.

REFERENCIAS.

Inventario. 378.
Bienes raices. 568.
Muebles. 567.
Escrituras públicas. 1699.
Créditos y deudas. 578.
Pupilo. 346.
Todo el artículo. 1699. 1700.

CONCORDANCIAS.

C. E. 372.
C. de N. 451. (Véanse las *Concordancias* del (art. 378.)
C. C. 372.
C. Esp. 266. Las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles ó industriales, que á juicio del consejo de familia no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento destinado á este fin.

Los demás muebles y los semovientes, si no estuvieren tasados, se apreciarán por peritos que designe el consejo de familia.

267. El tutor que requerido al efecto por notario, por el protutor ó por los testigos, no inscribiese en el inventario los créditos que tenga contra el menor, se entenderá que los renuncia.

P. III. XVIII. 99. Inventario llaman, la carta en que deue el guardador fazer escreuir todos los bienes de los huerfanos. E tal escripto hase de fazer assí. Sepan cuantos esta carta vieren, como Garcia Aluarez, guardador du Ruy Fernandez, huerfano, fijo que fue de Pero Ruyz, assi como parece por la carta fecha por mano de tal Escriuano publico, que mando e fizo escreuir este inuentario de los bienes que fallo en poder del huerfano sobredicho, luego que fue dado por su Guardador. E primeramente dixo e ortogo el guardador sobredicho, que fallo tantas cosas muebles en los bienes del huerfano, e tantos heredamientos de pan, e tantas viñas, e tantos oliuares, e tantas casas; diziendo señaladamente quantos son, e en que lugares. E otrosi que fallara que auia de recebir de Fulano tantos marauedis, e de Fulano tantos; de los cuales tenia cartas, fechas por mano de Fulano escriuano publico. E todas estas cosas, e cada una dellas otorgo que fallo al huerfano sobredicho, e que las tiene en su poder, e en su guarda. E mando a mi Fulano Escriuano publico, ante los testi-

gos que son aqui escriptos, que fiziese ende carta publica, por que non pudiesse nacer dubda sobre los bienes del huerfano.

COMENTARIO.

112. I. El inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaría.

Hemos visto ya que el inventario es el instrumento en que constan circunstanciadamente todos los bienes del pupilo. Deben, pues, determinarse y describirse así los raíces como los muebles (31).

En cuanto á los raíces juzgamos que no es necesario determinar su extensión, ni su precio; pues ello acarrearía gastos que, en extremo considerables, son al mismo tiempo nugatorios. De todo punto necesario sí puntualizar con suma exactitud los linderos; de otra manera no podría constituírse responsable el guardador de las alteraciones que ellos hubieren experimentado por su culpa.

En cuanto á los muebles sí debe determinarse exacta y circunstanciadamente el precio de cada uno, ya porque el guardador puede enajenarlos, ya porque pueden deteriorarse por negligencia, ya, en fin, porque en todo caso el precio es el principal dato del estado en que se hallaban y de su calidad.

113. II. Los bienes muebles deben particularizarse uno á uno, señalándose colectivamente su número, peso ó medida, con expresión de la cantidad ó calidad.

---

(31) El inventario es un instrumento público que contiene circunstanciadamente los bienes de la sucesión, muebles, efectos, mercaderías, dinero, créditos, pagarés, títulos y papeles dejados por el difunto : en una palabra es el cuadro de la sucesión.

" Así, el inventario debe ser exacto, fiel y completo; debe contener todos los bienes : aun deberían constar los inmuebles. Puede haber inconvenientes á no hacerlo; y si se incurre en el abuso de no describirlos, proviene de que el inventario de los títulos de propiedad, de los contratos de arrendamiento y otros papeles, suple á menudo á la indicación y descripción de los contratos los inmuebles... " (Toullier. 11. 1190. 1192.)

Esta regla es consecuencia necesaria de la naturaleza misma del inventario, que siendo un cuadro fiel y exacto de todos los bienes del pupilo, no puede formarse sino determinándose minuciosamente cuanto conduzca á puntualizar en qué consisten los bienes muebles.

Si se trata de animales, debe expresarse, por individuos ó especies, sus edades, calidades y precios; si de granos, la medida, calidad y precio; si de alhajas, describirlas con toda exactitud de manera que no puedan confundirse con otras, y avaluarse por personas cuyos conocimientos especiales las habiliten para determinar á punto fijo su precio. En una palabra, debe procederse de manera que no quede ni la más leve duda en cuanto á la cantidad, calidad y precio de los objetos inventariados.

114. III. La regla precedente no obsta á que se hagan respecto á los bienes, muebles ó raíces, las explicaciones necesarias para poner á cubierto la responsabilidad del guardador.

Si el inventario se hace con suma exactitud no puede irrogar perjuicio alguno al guardador. Pero no sera por demás concederle la facultad de exigir que se hagan explicaciones necesarias para poner á cubierto su responsabilidad. Así, pudiera expresarse que las sementeras están deterioradas por daños de los animales; que los semovientes se hallan en mal estado á causa de falta de diligencia; que ciertos linderos están disputados por los vecinos; que los granos de las trojes pueden agorgojarse aun cuando se emplee el mayor esmero para precaverlos..... En fin, la justicia y la equidad exigen que si el inventario se practica en beneficio del pupilo, no le sea perjudicial al guardador; el cual procede siempre á desempeñar un cargo muy oneroso y muy mal remunerado.

115. IV. El inventario comprende además los créditos y deudas del pupilo de que hubiere comprobante ó sólo noticia.

De todo punto necesario la determinación de los créditos y deudas, ya porque los créditos y deudas completan el cuadro de los bienes, ya porque ese cuadro no puede ser exacto sino comparándose el activo con el pasivo, ya porque la ley impone al guardador el deber de exigir el pago á los deudores tan luego como se venza el respectivo plazo.

Los créditos son derechos comprendidos en los bienes del pupilo; las deudas, obligaciones que menoscaban la hacienda y que deben cumplirse por el guardador bajo su más estricta responsabilidad.

Por último, el inventario, como lo hemos dicho, es la base del cargo de la cuenta que debe rendir el guardador cuando termine su administración; y salta á la vista que es necesaria la exactitud del *debe* y del *haber*.

El escribano ha de ser diligentísimo en la determinación de los créditos, haciendo constar todo cuanto conduzca á la responsabilidad del guardador. Si, por ejemplo, se debiere al pupilo una suma de dinero, se determinarán el capital, los intereses, el plazo, si se ha constituído hipoteca, en fin todo cuanto conduzca á individualizar, por decirlo así, cada crédito; de manera que vencido el plazo el guardador sea responsable no sólo de lo que hubiere dejado de cobrar sino también de los intereses, y de los intereses que el capital hubiera producido dándolo á mutuo oportunamente.

116. Hemos visto, en las *Concordancias*, que según el art. 451 del Código de Napoleón el empleado público ante quien se forme el inventario debe requerir al tutor que declare si el pupilo le debe alguna cosa; y que, si requerido no lo declarare, el crédito se extingue. ¿Sería aplicable esta disposición al inventario practicado conforme al Código chileno? Juzgamos que aun sin necesidad de requerimiento se extinguiría el crédito del guardador, porque, formado el inventario, no se admite prueba alguna que lo contradiga. Pero la regla puntualizada en el Código de Napoleón, es, á no dudarlo, equitativa, y hubiera convenido imponer al escribano la obligación de exigir al guardador que determine con toda exactitud sus créditos contra el pupilo. Esa determinación condujera, además, á calificar la capacidad é incapacidad del guardador, pues el art. 411 enumera á los deudores entre los incapaces.

117. V. Para completar la enumeración prescribe el art. 382 que el inventario comprenda todos los objetos presentes, exceptuando aquellos cuya destrucción sea necesaria con algún fin moral.

En una palabra, cuanto pertenece al pupilo, sin omitirse absolutamente nada, se comprende en el inventario, so pena de que si hubiere omisión, el guardador pudiera ser

removido, y le quedara al pupilo el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio.

Al determinar los objetos cuya destrucción sea necesaria con algún fin moral, deben ser muy cautos los que proceden á la formación del inventario.

Hay láminas y estatuas obscenas que no pudieran pertenecer en ningún caso ni á un museo público, y que carereciendo de mérito artístico, la moral y la decencia exigen que sean destruidas.

Pero si las estatuas y las pinturas no pudieran ser conservadas por el guardador y sí en un museo público, debieran constar del inventario y procederse en el acto á la venta.

En cuanto á los libros prohibidos por la autoridad eclesíastica, no se puede contar entre los objetos cuya destrucción sea necesaria, sino los muy obscenos.

Art. 383. Si despues de hecho el inventario se encontraren bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, o por cualquier título acrecieron nuevos bienes a la hacienda inventariada, se hará un inventario solemne de ellos, i se agregará al anterior.

REFERENCIAS.

Inventario. 378.
Bienes. 565.
Título. 701.
Inventario solemne. 381.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 422. Si despues de hecho el inventario se encontraren bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, o acrecieren nuevos bienes a la hacienda inventariada, a título de donacion, herencia o legado, se hará un inventario formal de ellos, i se agregará al anterior (a).

(a) Si despues de hecho el inventario se encontraren bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, o acrecieren nuevos bienes á la hacienda inventariada por cualquier título, se hará un in-

C. E. 373.

C. Arg. 420. Los bienes que en adelante adquiriese el menor por sucesion ú otro título, deberá inventariarlos con las mismas solemnidades.

P. de G. 226. Los bienes que el menor adquiera después, se inventariarán con la misma solemnidad.

C. C. 473.

C. M. 509. Los bienes que el menor adquiera después de la formación del inventario, se incluirán inmediatamente en él, con las mismas formalidades prescritas en el art. 506.

COMENTARIO.

118. Este artículo prevé dos casos :

1° Después de formado el inventario se hallan objetos pertenecientes al pupilo;

2° Acrecen bienes á la hacienda inventariada.

En ambos se forma inventario solemne de los nuevos bienes y se agrega al anterior.

Ninguna dificultad presenta la disposición; pues sólo se trata de que el inventario comprenda todos los bienes del pupilo.

Propiamente hablando hay un sólo inventaria formado á medida que las circunstancias lo han exigido, y en él constan todos los bienes pupilares.

Art. 384. Debe comprender el inventario aun las cosas que no fueren propias de la persona cuya hacienda se inventaría, si se encontraren entre las que lo son; i la responsabilidad del tutor o curador se estenderá a las unas como a las otras.

REFERENCIAS.

Inventario. 378. 381.
Cosas. 565.
Responsabilidad. 415.
Tutor ó curador. 341. 342.

---

ventario solemne de ellos, i se agregará al anterior. (Art. 421 del Proyecto Inédito.)

CONCORDANCIAS.

C. E. 374.
C. C. 474.

COMENTARIO.

119. Debe comprender el inventario aún las cosas que no sean propias del pupilo si estuvieren entre las que lo son.

Á omitirse las cosas ajenas no hubiera en el inventario un cuadro exacto de los derechos y obligaciones del pupilo; pues las cosas ajenas deben restituírse á su dueño, y para que ello conste es menester determinarlas en el inventario. Las cosas ajenas pueden haberse dado al pupilo ó á sus antecesores en comodato, arrendamiento, prenda, depósito, ó cualquier otra convención que transfiera la mera tenencia, el pupilo debe restituir oportunamente los respectivos bienes, y el guardador ha de cumplir á su nombre tal obligación. Luego, el inventario debe comprenderla, y al rendir el guardador la cuenta hará constar en el descargo, mediante la respectiva prueba, que las cosas ajenas se restituyeron al dueño.

120. II. La responsabilidad del guardador se extiende tanto á las cosas propias del pupilo como á las ajenas. Debe entenderse bien esa responsabilidad; la cual se refiere exclusivamente á la administración hasta restituir las cosas ajenas. Si los objetos se han recibido en comodato ó depósito, el guardador debe cuidarlos como buen padre de familia; si por su culpa se deterioraren y no pudiere efectuarse la restitución, el pupilo responde al propietario, y el guardador, al pupilo.

Si los bienes ajenos se hubieren recibido en arrendamiento, el guardador los administra, paga las pensiones, responde de los frutos, etc. etc.

Hemos juzgado conveniente estas explicaciones que en realidad corresponden á la administración, para que se comprenda bien la idea del legislador cuando declara que las cosas ajenas también se enumeran en el inventario, y que la responsabilidad del guardador se extiende así á ellas como á las cosas cuyo dominio pertenece al pupilo.

Art. 385. La mera asercion que se haga en el inventario de pertenecer a determinadas personas los objetos que se enumeran, no hace prueba en cuanto al verdadero dominio de ellos.

REFERENCIAS.

Inventario. 378. 381.
Prueba. 1698.
Dominio. 582.
Todo el artículo. 1700.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 424.
C. E. 375.
C. C. 475.
P. III. XVIII. 120. (Véanse las *Concordancias* del art. 386.)

COMENTARIO.

121. Si en el inventario se dice que algunos objetos en él enumerados pertenecen á determinadas personas, tal aserción no es prueba en cuanto al verdadero dominio de ellas.

No ha querido el legislador que el pupilo se perjudique á causa de negligencia del guardador ó de las demás personas que en el inventario intervienen. Puede procederse de ligero al determinar en el inventario el dominio de los objetos en él comprendidos; después se alegará que el inventario constituye prueba plena contra el pupilo, y que éste debe restituír los objetos enumerados como ajenos.

El legislador decide la controversia á favor del pupilo. El inventario no es prueba plena contra el pupilo en cuanto al dominio de los objetos, y el que lo alega debe justificarlo.

Había además otra razón para originar dudas. Como lo veremos oportunamente, los instrumentos públicos ó privados se consideran, en calidad de prueba, como un conjunto indivisible; esto es, si alguno presenta un instrumento tiene de aceptarlo ó rechazarlo en todas sus partes. Luego, según esa regla general, si el pupilo presenta el inventario para justificar sus derechos, tiene de aceptarlo en cuanto expresa que ciertos objetos pertenecen á otras personas. El artículo constituye, pues, en beneficio del pupilo, una

excepción á la regla general, y le autoriza para aceptar el inventario en cuanto le favorezca, y desecharlo en la parte que determina el dominio de los bienes enumerados como ajenos.

Art. 386. Si el tutor o curador alegare que por error se han relacionado en el inventario cosas que no existían, o se ha exajerado el número, peso o medida de las existentes, o se les ha atribuido una materia o calidad de que carecían, no le valdrá esta escepcion; salvo que pruebe no haberse podido evitar el error con el debido cuidado de su parte, o sin conocimientos o esperimentos científicos.

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Error. 1451-1454.
Inventario. 378. 381. 382.
Prueben. 1698.
Todo el artículo. 1700.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 425.
C. E. 376.
C. C. 476.
P. III. XVIII. 120. El Guardador que recibiesse en guarda bienes de algun huerfano, e fiziesse fazer escritura publica de quantos eran quando los recibio (la qual escritura es llamada Inuentario) si despues a la sazon que diesse la cuenta al huerfano de sus bienes, dixesse contra aquella carta; queriendo prouar, que fueran y escritas algunas cosas demas, que el non recibiera, e que consentiera el a sabiendas que las escriuiessen y, por fazer muestra que el huerfano era mas rico, porque podiesse mejor casar, o por otra razon semejante; mandamos, que tal contradezimiento non sea cabido, nin vala, maguer quisiesse prouar lo que dize. Ca non deue ome sospechar, que el fiziesse escritura sobre si, de cosas que non ouiesse recebido.

COMENTARIO.

122. I. Si el guardador alegare que por error se han relacionado en el inventario cosas que no existían, ó se ha exagerado el número, peso ó medida de las existentes, ó se les ha atribuído una materia ó calidad de que carecían, no le valdrá tal excepción.

De lo cual se deducen dos reglas:

1ª El inventario es prueba plena contra el guardador; y

2ª Contra esa prueba no es admisible ni el error de hecho.

La primera regla es mera consecuencia de la general sobre la fe de los instrumentos públicos; los cuales justifican las declaraciones que en él hubieren hecho las partes.

El inventario encierra, lo repetimos, todos los bienes, derechos y acciones del pupilo; forma principalmente el cargo de la cuenta del guardador, y á nada condujera el inventario si no constituyese prueba plena contra el guardador.

La segunda regla envuelve una excepción á otra regla general, esto es, que la prueba del error de hecho es admisible contra el contenido de los instrumentos públicos ó privados. El error de hecho consiste en la divergencia entre la verdad y nuestro modo de juzgar las cosas, y por lo mismo cuando se justifica que al extenderse un instrumento se incurrió en error de hecho, nada más natural que prevalezca la verdad.

Pero la protección debida á los pupilos exige que no se acepte, en cuanto al inventario, ni la prueba de haberse incurrido en error de hecho.

La ley franquea al guardador todos los medios conducentes á evitar el error de hecho: interviene un funcionario experto acostumbrado á extender esa clase de instrumentos, los peritos califican la calidad y el precio de los objetos, puede exigir el guardador que en el inventario se hagan todas las explicaciones que pongan á cubierto su responsabilidad; y por lo mismo hubiera negligencia si el guardador incurriese en un error de hecho.

Por otra parte, si se admitiera la prueba del error, se abrirían las puertas para que el guardador suscite litigios

sobre la inexactitud del inventario, y convenía no dejar ningún resquicio á litigios en que el pupilo llevaría siempre la peor parte.

123. II. Pero se admite la prueba del error de hecho cuando no ha podido evitarse él con el debido cuidado del guardador, ó sin conocimientos científicos.

Esta excepción mitiga el rigor de la regla. Debe el guardador justificar dos circunstancias :

1ª Que se incurrió en el error aun empleándose nimia diligencia; y

2ª Que no pudo evitarse el error sino poseyendo conocimientos científicos ó por medio de los respectivos experimentos.

El juez está llamado á la calificación de las pruebas, y debe ser muy cauto; ya que por regla general no se admite el error de hecho, y las excepciones son de derecho estricto.

Debe constar plenamente, lo repetimos, que no ha podido evitarse el error ni con la más esmerada diligencia. Así, por ejemplo, se inventaría un aderezo de brillantes, cuando no eran en realidad sino imitación. Los joyeros imitan hoy los diamantes con tanta perfección que poquísimas personas pueden distinguir á ciencia cierta un verdadero diamante de alguna otra sustancia idéntica á esa preciosa piedra. El guardador rinde la cuenta, devuelve el aderezo de brillantes, el pupilo, previa consulta de personas muy conocedoras, afirma que no son diamantes. Admitiríase, á no dudarlo, prueba de que no pudo evitarse el error ni aun empleando la mayor diligencia; la cual consistía en la calificación hecha por joyeros reputados como tales en el lugar donde se practicó el inventario. De éste debe constar la identidad del aderezo, y los nuevos peritos informarán que efectivamente era muy difícil distinguir entre los verdaderos brillantes y los que componen el aderezo inventariado.

Exceptuándose el caso determinado por la ley, no es admisible ni la prueba de error en cuanto al inventario; el cual, lo repetimos, constituye prueba plena contra el guardador para formar el cargo de la cuenta.

Art. 387. El tutor o curador que alegare haber puesto a sabiendas en el inventario cosas que no le fueron entregadas realmente, no será oido, aunque ofrezca probar que tuvo en ello algun fin provechoso al pupilo.

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Inventario. 381. 382.
Cosas. 565.
Probar. 1698.
Pupilo. 346.
Todo el artículo. 1700.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 426.
C. E. 377.
C. C. 477.
P. III. XVIII. 120. (Véanse las *Concordancias* del art. 386.)

COMENTARIO.

124. Tampoco se admite al guardador la prueba de que á sabiendas comprendió en el inventario cosas que realmente no le fueron entregadas.

Conceptuamos que esta regla es del todo innecesaria porque va envuelta en la precedente. Si ni el error de hecho es admisible, ¿ cómo se admitiría la prueba de que á sabiendas se comprendieron en el inventario cosas que no existían?

Si se alega que se inventariaron por favorecer al pupilo, tal alegación sería immoral, y, por lo mismo, no pudiera aceptarse al guardador.

Art. 388. Los pasajes oscuros o dudosos del inventario se interpretarán a favor del pupilo, a ménos de prueba contraria.

REFERENCIAS.

Inventario. 381. 382.
Pupilo. 346.
Prueba. 1698.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 427.
C. E. 378.
C. C. 478.

COMENTARIO.

125. Dice el legislador que los pasajes oscuros ó dudosos del inventario deben interpretarse á favor del pupilo, á *menos de prueba contraria.*

Impropia es la redacción del artículo. Cuando hay prueba, no se trata ya de interpretación, pues la interpretación es un acto del entendimiento que columbra la verdad de cualquier papel escrito. La prueba pugna con la interpretación, porque se refiere á los hechos oscuros ó dudosos, y entonces la interpretación es nugatoria.

El legislador ha querido decir que cuando no se rindan pruebas que disipen las dudas ó esclarezcan los puntos oscuros, el inventario se ha de interpretar favorablemente al pupilo.

Esa regla es consecuencia de otros dos principios :

1° Que la guarda es en beneficio del pupilo; y

2° Que la oscuridad y las dudas provienen de negligencia ó impericia del guardador.

Todo instrumento se interpreta contra la persona por cuya culpa no se han dado las debidas explicaciones. Hubieran sido suficientes las reglas generales sobre interpretación; pero convenía recordarlas tratándose de un asunto tan trascendental para el pupilo, como el inventario.

Art. 389. El tutor o curador que sucede a otro, recibirá los bienes por el inventario i anotará en el las diferencias. Esta operacion se hará con las mismas solemnidades que el anterior inventario, el cual pasará a ser así el inventario del sucesor (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Bienes. 564.
Inventario anterior. 378. 381. 382.
Todo el artículo. 1700.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 428.
C. E. 379.
C. C. 479.

COMENTARIO.

126. Las disposiciones sobre el inventario terminan con las siguientes reglas:

1ª El guardador que sucede á otro debe recibir los bienes por el primitivo inventario, anotando en éste las diferencias;

2ª Cuando se reciben los bienes por el inventario y se anotan las diferencias, procédese con las mismas solemnidades que al practicar el primitivo inventario; y

3ª El inventario anotado es el que determina la responsabilidad del sucesor.

Nada deja que desear el artículo en cuanto á la claridad de la redacción y á la exactitud de sus principios.

Existe un inventario formado con todas las solemnidades prescritas por la ley; se han descrito en él todos los bienes y derechos del pupilo, ese inventario es un cuadro exacto del respectivo patrimonio, y se trata de averiguar qué modificaciones ha experimentado el patrimonio durante la administración del primitivo guardador. ¿Qué debe ha-

(*) Demolombe. VII. 552.

cerse? Un niño contestaría razonablemente : anotar en el primer inventario las modificaciones que ha experimentado el patrimonio del pupilo.

Y como esas modificaciones deben constar de instrumento público, es menester que se observen las mismas solemnidades, esto es, que el instrumento se extienda ante escribano y testigos según lo prescrito por el Código de enjuiciamientos.

TITULO XXI

DE LA ADMINISTRACION DE LOS TUTORES I CURADORES RELATIVAMENTE A LOS BIENES

Art. 390. Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o estrajudiciales que le conciernan, i puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones (*).

REFERENCIAS.

Tutor. 341.
Curador. 342.
Representar. 440 inc. 1°.
Autorizar. 440. inc. 2°.
Pupilo. 346.
Derechos. 576.
Obligaciones. 1437.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 429. Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudi-

---

(*) Locré. VII. 138. art. 52-161. art. 63.—(E.) V. p. 195-199. —Savigny. VIII. 380. (p. 334) 396. 482.—(O.) 55. p. 177.—Dalloz. Minorité. 29. 390.—Toullier. II. 1186.—Laurent. IV. 365. V. 66-68. 81-84.—Demolombe. VII. 520. 521. 528. 633. 680. 694. 710-715.—Zachariae (A. R.) I. § 222. 223. 198.—Demante. II. 204.—Huc. III. 367-370.—Duranton. III. 532.—Febrero. I. 144. 4-161. 9.—Gutiérrez (B.) I. p. 824. § VI.—Gutiérrez (J.) p. I. chap. I. 22. p. II. c. IV. 1.—Ortolan. II. 233-245. App. V. VI. p. 706-710.—Mackensie. p. 154-156.—Maynz. III. § 346-456.—Accarias. I. 143-146. 148. 150. 153.—Du Caurroy. I. 263-268.—Gómez de la Serna. I. 263-268.—Namur. I. § 98. B. 1-6.—Story. 498.—Calvo. II. § 837. 838.

ciales que ejecutados por cualquiera otra persona menoscabarían sus derechos o le impondrían obligaciones.

El tutor o curador no puede autorizar los actos del pupilo, que en la administracion de los bienes de éste se prohiben al mismo tutor o curador.

C. E. 380.

C. de N. 450. Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils...	450. El tutor cuidará de la persona del menor, y le representará en todos los actos civiles...

C. Arg. 380. El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles.

P. de G. 218. El tutor cuidará de la persona del menor, y la representará en todo acto civil.

C. C. 480.

C. P. 346. Todos los guardadores, sin excepcion alguna, están obligados.....

5°. Á proteger y defender en juicio y fuera de él la persona del menor.....

11°. Á demandar y defender judicialmente los intereses del menor.....

C. M. 497. El tutor está obligado á alimentar y á educar al menor; á cuidar de su persona, á administrar sus bienes, y á representarle en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros de la misma clase.

C. de la L. 327. (El 450 del Código de Napoleón.)

C. Esp. 262. El tutor representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley pueden ejecutar por sí solos.

C. A. 243. El pupilo, para comparecer en juicio, debe ser representado por el tutor, ó por un procurador que aquél nombre.

P. VI. XVI. 17. El guardador en nome del huerfano deue demandar, e defender el derecho del en todo pleyto, que el mouiesse, o le fuese mouido en juyzio. E si fueren los guardadores dos, o mas, cada vno dello puede esto fazer, maguer el otro non estouiesse delante, seyendo el moço menor de siete años, o si fuesse mayor, e non estouiesse presente en el lugar; mas si fuesse mayor de siete años estonce puede el moço mouer el pleyto con otorgamiento de su guardador, o el guardador en nome del

huerfano, seyendo amos delante : e si sentencia fuesse dada sobre tales pleytos contra el guardador, non deuen fazer entrega por ende en los sus bienes, mas en los del moço que touiesse en guarda.....

I. 1. XXI. Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria; ut ecce : si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupillo promittant, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate : deteriorem vero, non aliter quam tutoris auctoritate. Unde, in his causis ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

XXI. La autoridad de los tutores es necesaria á los pupilos en algunos casos, y en otros no lo es. Así, no la necesitan cuando estipulan que se les de algo; pero les es indispensable cuando prometen; por que hemos juzgado conveniente que puedan hacer mejor su condición aun sin la autoridad del tutor; pero no pueden sin esa autoridad empeorarla. Por lo cual en todos los actos de donde nacen obligaciones mutuas, como la compra-venta, arrendamiento, mandato, depósito, si no interviene la autoridad del tutor, se obligan los que contratan con los pupilos; mas no quedan obligados los pupilos.....

D. XXVI. VII. 1. § 2. Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus; nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis autoribus iudicium suscipiatur, ita tamen, ut pro his, qui fari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium

1. § 2. Son suficientes los tutores para toda defensa, ya sea que litiguen en su nombre, ó en el del pupilo prestando su autoridad; y no se les ha de precisar á que den caución, como se suele, á los defensores. Esto supuesto, tendrán facultad de contestar el pleito ellos mismos, ó presentar al pupilo para que lo conteste por sí con autoridad de ellos; de modo, que los que están

suscipiant, pro his autem, qui supra septimun annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent.

§ 3. In causis autem adultorum licentia erit agentibus, vel ipsum adultum praesentem in iudicium vocare, ut consensu curatoris conveniatur, vel contra curatorem agere, ut ipse litem suscipiat; in absentibus autem adultis omni modo contra curatorem agendum.

en la edad de la infancia, ó están ausentes, contesten el pleito los mismos tutores; y por los mayores de siete años que estén presentes, presten su autoridad.

§ 3. En la causa de los adultos tienen facultad los que piden de citar á juicio al mismo adulto que se halla presente, para reconvenirle con el consentimiento de su curador, ó pedir contra éste, para que él mismo conteste el pleyto : si los adultos están ausentes, absolutamente se ha de pedir contra el curador.

COMENTARIO.

127. Este artículo encierra las siguientes importantísimas reglas :

1ª Toca al tutor ó curador representar ó autorizar al pupilo en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan; y

2ª Innecesaria es la representación ó autorización cuando los actos judiciales ó extrajudiciales no pueden menoscabar sus derechos ó imponerle obligaciones.

128. El artículo, cual está redactado, desdice del sistema del Código chileno.

El 429 del proyecto de D. Andrés Bello (copiado en las *Concordancias*) manifiesta que el sabio redactor vacilaba entre el sistema de las leyes romanas y el del Código de Napoleón.

La leyes romanas, también copiadas en las *Concordancias*, establecían el principio de que el pupilo, excepto el infante ó el próximo á la infancia, debía ejecutar él mismo los actos concernientes á la administración de sus bienes; y como el impúber era incapaz de obligarse, debía intervenir precisamente el guardador (32).

---

(32) " *Tutor personae datur,* así es como nuestros juriscon-

Los redactores del Código de Napoleón, que prescindieron casi siempre de las ficciones y sutilezas del Derecho

---

sultos caracterizan las atribuciones del tutor, sobre todo contraponiéndolas á las del curador; el cual, según ellos, *rei vel causae datur*. Necesario no entender estas palabras, como muchos comentadores, cual si el cargo del tutor consistiese ante todo en cuidar de la persona del pupilo, al paso que la administración de los bienes no constituyera sino una parte secundaria de sus funciones. La palabra *persona* no tiene, en la expresión de que se trata, el sentido que damos, en el lenguaje moderno, á la misma palabra; significa, como lo hemos observado varias veces, el conjunto de derechos y aún el conjunto de derechos patrimoniales que competen á un individuo, ó bien la capacidad de tener y adquirir derechos. La vigilancia de la persona del pupilo (tomada la palabra en la acepción moderna) es más bien del dominio moral que del jurídico. El Derecho romano prescribe á este respecto que deben seguirse, ante todo, las instrucciones que hubiere dejado el padre. Si no las ha dejado, el cuidado de la educación se confia á la madre, y, á falta de madre, á los otros parientes bajo la vigilancia del magistrado. El tutor, como tal, no coopera á la educación sino pecuniariamente, esto es, proveyendo de los bienes del pupilo lo necesario para sus alimentos y educación.

" ¿Cuál es entonces el verdadero sentido de la regla : *tutor personae datur?* El pupilo es incapaz para muchos actos de la vida civil. A este respecto su persona es incompleta; y para completar esa persona, para dar eficacia á sus actos se nombra tutor. Con este objeto interviene en los actos, asiste al impúber, ó, como decian los romanos, interpone su autoridad, *auctoritatem interponit*. Luego, al conjunto de las relaciones jurídicas del pupilo (porque esto es lo que constituye la persona) se da el tutor, y por eso, por su *auctoritas* difiere del curador que se nombra para administrar uno ó más asuntos determinados : *curator datur rei vel causae,* esto es, *certae rei vel certae causae*.

" Para conocer exactamente las atribuciones del tutor importa, pues, ante todo determinar la capacidad del pupilo. El impúber es incapaz de contraer matrimonio y otorgar testamento : ninguna intervención ni cooperación del tutor puede habilitarle para esos actos. No es lo mismo en cuanto á las otras incapacidades del pupilo, las cuales podríamos llamar *incapacidades relativas*. Hé aqui á este respecto la teoria romana.

" En general el pupilo (siempre que sea capaz de voluntad, lo cual supone que ha salido de la infancia), puede, por actos jurídicos, mejorar su condición, pero no puede empeorarla enajenando derechos que le pertenecen ú obligándose. Puede adqui-

romano, declararon, en el art. 450, que el tutor es el re-

---

rir la posesión y la propiedad, *iura in re,* derechos de obligación; puede aceptar y estipular, pero ne puede enajenar ni comprometer. Siguese que es incapaz de dar á mutuo ó de pagar, por cuanto esas dos operaciones envuelven enajenación de las sumas prestadas ó saldadas; no puede tampoco recibir válidamente el pago, porque envuelve enajenación del crédito. Si el pupilo que celebra convenciones susceptibles de crear un vinculo sinalagmático, obliga á la otra parte, pero él no se obliga civilmente, esto es, la parte adversa no puede sustraerse á la ejecución si es demandada por el pupilo; pero éste no puede ser compelido á ejecutarla. No se le permite, empero, enriquecerse fraudulentamente á expensas de otro, pues en general se obliga por todo acto jurídico hasta concurrencia del beneficio que ha obtenido. Como una herencia acarrea, aun eventualmente, obligaciones, el pupilo no puede aceptar la sucesión que se le defiere, ni tampoco repudiarla. En fin, el pupilo no puede comparacer en juicio. Cuando debia ejecutar el pupilo algunos de los actos que acabamos de enumerar, no lo podia regularmente y de una manera eficaz, á menos que el tutor le asistiese y validase el acto. Entonces era necesario : 1° Que el pupilo *infantia maior,* manifestase su voluntad; 2° Que el tutor, presente al acto, interpusiese su autoridad de viva voz, pura y simplemente, sin condición ni plazo. La intervención del tutor es absolutamente voluntaria : como es responsable de su gestión, no puede compelérsele á interponer su autoridad cuando no lo juzgue conveniente. Salta á la vista que el tutor no puede ser *auctor* en un acto, especialmente en un litigio, en que él fuese parte. Si este caso se presenta y no hay otros tutores que pueden interponer su autoridad, es necesario que otra persona especialmente designada para el asunto asista al pupilo. Al efecto el pretor nombraba antiguamente tutor *ad hoc;* según el derecho nuevo, se da un curador para el asunto especial de que se trata.

" La *auctoritas* del tutor supone siempre, como acabamos de verlo, un acto jurídico ejecutado por el pupilo, capaz en general de obrar, pero incapaz de hacer, de una manera obligatoria, el acto particular que la intervención del tutor es destinada á validar. Como el *infans* no tiene voluntad, no podía ejecutar ningún acto jurídico ni de una manera incompleta; no podía, á este respecto, tratarse de *auctoritas.* Las disposiciones especiales de la ley prohibian igualmente al pupilo que había salido de la infancia aun con autorización del tutor, ciertos actos determinados, á saber, extinguir un crédito por medio de la *acceptilatio,* y constituir procurador para un litigio. No se obviaban estas dificultades el tutor, por su derecho propio, los actos en que tenia interés el *infans* así como los actos de que acabamos de hablar,

presentante legal del pupilo en todos los actos judiciales ó extrajudiciales (33).

---

salvo dar cuenta de ellos terminada la tutela. El tutor se hallaba entonces, en cuanto al pupilo, en la posición de un mandatario ó gerente de negocios : esa manifestación de su acción tutelar, indispensable en los casos indicados, y en cualquiera otros facultativa, se llamba con preferencia *gestio*. Los derechos y acciones provenientes de esa gestión pertenecían, al principio, naturalmente al tutor que habia obrado, y los adquiría el pupilo sólo por la cesión que debía efectuarse cuando se rendían las cuentas. Pero el derecho nuevo, conforme á las reformas establecidas por la jurisprudencia en las relaciones provenientes del mandato y de la gestión de negocios, confirió por el ministerio de la ley las acciones útiles tanto en beneficio del pupilo como contra él, siempre que el tutor, en su gestión, no hubiese salido de los límites de sus facultades.

" Por lo demás, de cualquiera manera que hubiese procedido el tutor, obrando por su derecho propio, ó validando por su autoridad el acto del pupilo, este último puede siempre, en el respectivo caso, alegar el beneficio de la restitución *in integrum* que se concede á todos los menores. " (Maynz. 111. § 346.)

" Leg. Regia decima septima Tit. 16. partita. 6. cavetur : Primo, quod tutor nomine pupilli minoris septem annorum, vel maioris huius aetatis absentis, debeat agere, et defendere eius in omnibus causis movendis, tam per eum, quam eum : quod si plures sint tutores quilibet eorum hoc facere possit absque praesentia alterius.

" Secundo, quod minor septennio possit agere in iudicio cum licentia tutoris vel curatoris, vel ipso tutor, aut curator nomine minoris cum praesentia ipsius.

" Tertio, quod sententia lata in dictis caussis contra tutorem, vel curatorem, non debet exsequi in eius bonis, sed in bonis ipsius minoris sub sua tutela, vel cura constituti.

" Quarto, quod minor hic constitutus sub tutela, vel cura alterius, non potest alteri se obligare sine auctoritate sui tutoris, vel curatoris, et aliter factum in sui praeiudicium non tenet, nec valet.

" Quinto, quod contractus cum minore factus, et celebratus ab alio utilis minori valet, et tenet.

" Sexto, quod auctoritas tutoris, vel curatoris, nomine minoris in iudicio, vel extra non potest praestari per procuratorem, vel per epistolam sed personaliter est praestanda, et aliter praestita non valet. " (Gutiérrez (J.) 11. IV. 1.)

(33) " La tutela del derecho francés difiere de la tutela romana. En derecho romano el pupilo, cuando salía de la infancia, administraba él mismo sus asuntos, y el tutor se limitaba á asis-

D. Andrés Bello, lo repetimos, inclinándose al sistema del Derecho romano, había dicho en el art. 429 : " Toca al tutor ó curador representar ó autorizar al pupilo en todos los actos judiciales ó extrajudiciales que, ejecutados por cualquiera persona, menoscabarían sus derechos ó le impondrían obligaciones.

" El tutor ó curador no puede autorizar los actos del pupilo, que en la administración de los bienes de éste se prohiben al mismo tutor ó curador. "

Discutido este artículo en la Comisión Revisora, se redactó el 429 del Proyecto Inédito : " Toca al tutor ó cura-

---

tirle. Al paso que según el Código de Napoleón el tutor representa al pupilo en todos los actos civiles, porque es su mandatario legal. Nuestra legislación se halla en armonia con la realidad de las cosas ¿Por qué tiene tutor el pupilo? Porque es incapaz, y si lo es, ¿para qué interviene en los actos que le interesan? Es una mera ficción, y el derecho francés no acepta las ficciones, ó á lo menos no recurre á ellas sino cuando hay necesidad. Al contrario, hay actos jurídicos en que el menor francés interviene personalmente como parte principal, porque la naturaleza de los actos lo exige así; de manera que hubiera ficción si el tutor le representase. El menor que se casa se presenta en persona ante el oficial del estado civil para contraer las obligaciones solemnes que seria ridiculo contrajese el curador; y como las capitulaciones matrimoniales son un accesorio del matrimonio celebrado ante el oficial del estado civil, también interviene en ellas personalmente el pupilo. Éste puede testar á la edad de diez y seis años dentro de ciertos limites; por su naturaleza el testamento excluye toda voluntad extraña; y como, por otra parte, se reconoce que es capaz de disponer de sus bienes, no hubiera razón para exigir que le represente el tutor. "..... (Laurent. IV. 365.)

" Según el derecho romano el pupilo mismo, cuando no era *infans* ó *infantiae proximus*, estipulaba, prometía, administraba en fin personalmente sus negocios; el tutor en general se limitaba á asistirle para aumentar y completar su capacidad.

" Entre nosotros, al contrario, el tutor mismo es el único que gestiona : representa al menor en todos los actos civiles; es su mandatario especial, y por eso el domicilio del pupilo es el mismo que el del tutor.

" Luego, el menor no gestiona y regularmente no debe gestionar. Solo un artículo, si no me equivoco, trata de la autorización del tutor, y precisamente para decir que ella no habilita al pupilo. Tal es el principio, el cual comporta algunas excepciones... " (Demolombe. VII. 528.)

dor representar ó autorizar al pupilo en todos los actos judiciales ó extrajudiciales que le conciernan."

Conocióse, pues, que las palabras: "Puedan menoscabar sus derechos ó imponerle obligaciones", alteraban el sistema del Código civil, y que era menester suprimirlas. Pero en el Código volvió á redactarse el artículo poco más ó menos como se hallaba en el primitivo Proyecto de D. Andrés Bello.

129. Si atendemos á todas las reglas que contiene el titulo XXI de este libro y al sistema general del Código chileno, no podremos desconocer que el tutor ó curador, como representante legal del pupilo, es quien ejecuta á nombre de éste todos los actos judiciales ó extrajudiciales, sin entrar en la nugatoria distinción de que esos actos puedan menoscabar los derechos del pupilo é imponerle obligaciones.

Según la legislación romana sí se atendía al efecto que surtiría el acto ó contrato, y sólo cuando era perjudicial al pupilo podía exigir éste ó su guardador que se declarase la nulidad, no por ser menor el pupilo, sino por la lesión que éste había experimentado á causa del acto ó contrato. Todo lo cual es absolutamente distinto según el Código chileno. El art. 1447 enumera los impúberes entre las personas absolutamente incapaces; de suerte que sus actos y contratos no pueden surtir ningún efecto aun cuando se alegue que son útiles al pupilo. El mismo artículo declara que los menores adultos son relativamente incapaces, y en el art. 1682 se dice que los actos ejecutados por las personas relativamente incapaces adolecen de nulidad relativa.

En cuanto á la representación, según el art. 43 los guardadores son representantes legales de los pupilos, y según el art. 1448 lo que una persona ejecuta á nombre de otra estando facultada por ella ó por la ley para representarla, surte respecto del representado idéntico efecto al que surtiría si hubiese contratado él mismo.

Asentamos, pues, como regla general, y sin temor de equivocarnos, que según el sistema del Código chileno, igual en esto al del Código de Napoleón, el tutor ó curador representa siempre al pupilo, impúber ó adulto, sin distinguirse si los actos pueden menoscabar sus derechos ó imponerle obligaciones; que el pupilo no es hábil para con-

tratar aun cuando la convención le reporte positiva ventaja, y que el guardador puede solicitar, si lo estima conveniente, la nulidad de los actos ó contratos ejecutados ó celebrados así por el impúber como por el menor adulto.

130. No debemos confundir en ningún caso la incapacidad de contratar con los efectos que puede surtir el acto ó contrato de los incapaces. Si un impúber contrata, la ley presume de derecho que hay falta absoluta de consentimiento; el contrato es nulo absolutamente; nadie puede ratificarlo, y el juez debe declarar de oficio la nulidad cuandoquiera que aparezca de manifiesto en el acto ó contrato.

Si un menor adulto es quien contrata, también adolece de nulidad la convención, sin distinguirse si ella le es ó no provechosa, pues la ley le declara inhábil para celebrarla. Pero esa nulidad, como relativa, no puede alegarse sino por la persona á cuyo favor la ha establecido la ley, esto es, por el mismo menor, representado por su guardador. El pupilo, cuando deje de serlo, puede ratificar el acto ó contrato, y el juez no puede declarar de oficio la nulidad.

Luego, no surte ningún efecto la distinción entre el deber de representar y el de autorizar al pupilo.

131. Cuando comentamos el art. 159 establecimos la diferencia esencial entre la representación y la autorización. Representa el que ejecuta un acto á nombre de otro; autoriza la persona que faculta á otra incapaz para que la convención surta efecto respecto del que le confiere la autorización. Así, el marido unas veces representa á la mujer y otras la autoriza para que contrate á nombre del marido ó de la sociedad conyugal, porque entonces distingue la ley tres personas, cada una de las cuales ejerce derechos y contrae obligaciones : el marido, la mujer y la sociedad conyugal. Pero cuando el guardador faculta al pupilo para contratar, el mismo guardador contrata, y el acto ó contrato no puede aprovechar ni perjudicar sino al pupilo.

Si el guardador es responsable á causa de la autorización conferida al pupilo, tal responsabilidad proviene de la culpa en que ha incurrido en el ejercicio de la guarda.

Dedúcese, pues, que no es exacta la distinción establecida en el art. 390 entre la presentación y la autorización, porque en todo caso los actos del pupilo, bien sea representado ó autorizado por el guardador son actos del pupilo mismo; y, lo repetimos, la responsabilidad del guardador sólo proviene de su culpa, que consiste en haberle autorizado para un contrato manifiestamente oneroso.

Las consecuencias que el mismo D. Andrés Bello deduce de la distinción entre autorizar y representar manifiestan que tal disposición es nugatoria : " El curador ", dice el art. 400, " representa al menor de la misma manera que el tutor al impúber. — Podrá el curador, no obstante, si lo juzgare conveniente, confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares; pero deberá autorizar bajo su responsabilidad los actos del pupilo en esta administración. — Se presumirá la autorización para todos los actos ordinarios anexos á ella. "

Si el tutor ó curador pudiera constituír mandatarios ó administradores para la gestión de los negocios del pupilo, con más razón puede confiar al pupilo mismo la gestión de uno ó más negocios; pero el contrato no obliga sino al pupilo mismo, y no contrae responsabilidad el guardador, lo repetimos, sino cuando por su negligencia hubiere administrado mal los bienes del pupilo.

Luego, la distinción entre representar y autorizar no surte otro efecto que el de complicar en vano el sistema; pues sean cuales fueren los actos de administración que se ejecuten, bien los haga personalmente el guardador, bien proceda á nombre de éste el pupilo, no hay entre ellos ni la más mínima diferencia, porque siempre se aplica la regla general de que todo cuanto ejecuta el guardador dentro de los límites determinados por la ley obliga al pupilo mismo como si él, siendo mayor, hubiera ejecutado el acto ó celebrado el contrato.

Art. 394. El tutor o curador administra los bienes del pupilo, i es obligado a la conservacion de estos bienes i a su reparacion i cultivo. Su responsabilidad se estiende hasta la culpa leve inclusive (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador, 341. 342.
Administra. 393.415.
Bienes. 565.
Pupilo. 346.
Obligados. 1437.
Responsabilidad. 415.
Culpa leve. 44. 1547.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 431.
C. E. 381.

C. de N. 450.....
Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des dommages intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion...
452. Dans le mois qui suivra la clôture de l'inven-

450.....
Administrará los bienes como buen padre de familia, y responderá de los daños y perjuicios que pueden provenir de mala gestion...
452 En el mes siguiente á la clausura del inventario,

(*) Locré. VII. 138. art. 52-225. 25. — Savigny. § 380. — Locré. IV. p. 195-199. — Pothier. Des personnes. 165. — Dalloz. Minorité... 400-401. — Toullier. II. 1092. 1187. 1188. — Laurent. V. 2. 7. 40-44. 50. 54. 94. 95. 101-103. — 166. 167. 170. 174. 175. 295. — Demolombe. VII. 520. 521. 529. 633-637. 644. 648-655. 728-730. 742. — VII. 117-127. — Zachariae (A. R.) I. § 112. 113. 120. — Zachariae (M. V.) I. § 199. 218. 221. 223. Demante. II. 205. — Kent. II. XXX. 6. — Gutiérrez (B.) chap. I. 13. 15. — Febrero. I. 161. 9. — Molina. Tract. II. D. CCXXIV. 13. — Ortolan. II. 233. 273. App. VI. p. 706-710. — Namur. I. § 99. C. I. — Mackenzie. p. 154. — Maynz. III. § 347. 356. — Accarias. I. 140. 142-144. 148. 150. — Gómez de la Serna. I. 263-267. — Calvo. II. 837. 838. — Story. 500-504. — Massé. II 1028. — Foelix. I. 89. — Laurent. (D. C. I.) I. 380.

taire, le tuteur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après des affiches ou publications dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature.

el tutor con intervención del protutor, hará vender, en subasta, ante un funcionario público, y fijados carteles ó avisos que se mencionarán en el acta de remate, todos los muebles que el consejo de familia no le hubiere autorizado para conservar en especie.

C. Arg. 409. La administracion de la tutela, discernida por los jueces de la República, será regida solamente por las leyes de este Código, si en la República existiesen los bienes del pupilo.

410. Si el pupilo tuviese muebles ó inmuebles fuera de la República, la administracion de tales bienes y su enajenacion será regida por las leyes del país donde se hallaren.

411. El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles : gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor, y prescindiendo de su voluntad.

413. El tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes.

C. C. 481.

C. P. 346. Todos las guardadores, sin excepcion alguna están obligados... :

7. A administrar los bienes del menor, como lo haría un diligente padre de familia...

C. M. 497. (Véanse las *Concordancias* del art. 390.)

C. Esp. 264. El tutor está obligado... :

4° A administrar el caudal de los menores ó incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia.

C. A. 228. El tutor ó curador debe administrar como buen padre de familia, y responde de su negligencia.

P. VI. XVI. 15. (Véanse las *Concordancias* del art. 378.

D. XXVI. VII. 33. A tutoribus et curatoribus, pupillorum eadem diligentia

33. A los tutores y curadores de los pupilos, se les ha de pedir el mismo cuidado

exigenda est circa administrationem rerum pupillarium quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet.

XXVII. III. I. In omnibus, quae fecit tutor, quum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem redet hoc iudicio, praestando dolum culpam, et quantam in rebus suis diligentia.

en la administración de las cosas pupilares, que el padre de familias de buena fe debe poner en sus propias cosas.

1. El tutor se obliga por esta acción por todas las cosas que hizo, y no debía hacer, y por las que no hizo; y se hace responsable del dolo, de la culpa, y del mismo cuidado que en sus propias cosas.

COMENTARIO.

132. Puntualízanse las siguientes reglas :

1ª El tutor ó curador administra los bienes del pupilo;

2ª Está obligado á la conservación de estos bienes y á la reparación y cultivo;

3ª Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive.

Este artículo comprende en realidad de verdad el resumen de las atribuciones del guardador (34); y si bien á

---

(34) El tutor debe administrar los bienes del pupilo como buen padre de familia, esto es, como hombre vigilante y próvido que administra sus negocios propios.....

" Pueden reducirse todos los actos de administración á cuatro clases; pues conducen :

" Ó á conservar el patrimonio,

" Ó á mejorarlo y aumentarlo,

" Ó á hacerle producir frutos,

" Ó á satisfacer las cargas y gastos.

" I. Para conservar el patrimonio es preciso :

" En cuanto á los bienes de cualquier clase,

" Ejecutar los actos conservatorios necesarios,

" Deducir las acciones,

" Defender los litigios,

" Algunas veces comprometer ó transigir.

" En cuanto á los bienes corporales,

" Conservarlos y repararlos,

primera vista el principio parece claro, presenta gravísimas dificultades.

133. I. ¿En qué consiste la administración? " El mandato " dice el art. 2132, " no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los *actos de administración*, como pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario, perseguir en juicio á los deudores, intentar las acciones posesorias, é interrumpir las prescripciones en lo tocante á dicho giro, contratar las reparaciones de las cosas que administra y comprar los materiales necesarios para el cultivo ó beneficio de las tierras, minas, fábricas, ú otros objetos de industria que se le hayan encomendado " (35).

" En cuanto á los creditos y capitales,
" Cobrarlos,
" Recibir el pago.
" II. El aumento y mejora del patrimonio se efectúa :
" Por la precaución de enajenar los inmuebles onerosos ó estériles.
" Por la conversión de los bienes inútiles en bienes fructíferos,
" Por la economía de las rentas,
" Por la aceptación de herencias, donaciones ó legados.
" III. La necesidad de hacer producir á los bienes los frutos que puedan dar, exige :
" El arrendamiento de los inmuebles,
" La colocación de los capitales provenientes, ya de cobranzas, ya del sobrante de las rentas,
" La percepción de las pensiones de arrendamiento, rentas ó intereses
" Las cargas y gastos que deben satisfacerse son :
" El pago de las deudas,
" La subsistencia personal,
" Los gastos de reparación, de defensa y en general de administración.
" Se provee á ellos :
" Ó por los recursos ordinarios que las rentas suministrán,
" Ó por los recursos extraordinarios de las enajenaciones y de recibir dinero á mutuo. " (Locré. (E.) V. p. 195-198.)

(35) " El art. 450 dice que el tutor administra los bienes como buen padre de familia. Tal es el principio. El tutor está encargado de la administración, ¿pero en qué consiste ella? El pro-

El poder que la ley confiere al guardador es, á no dudarlo, más amplio que el que una persona particular con-

---

blema es muy controvertido. Nos parece que el artículo que acabamos de copiar lo resuelve. El tutor es administrador del patrimonio del pupilo; no tiene en él ningún derecho personal; las atribuciones que ejerce no se le confieren, pues, sino en calidad de administrador. Eso significa que no puede ejecutar sino los actos que se derivan de la potestad de administración, y que el Código permite de ordinario al que administra bienes de otros. Para conceder al tutor derechos más extensos, fuera necesario una ley; porque se violaría el principio cual lo establece al art. 450; se formara una excepción á la regla, y la ley misma es la que debe establecer las excepciones. La Corte de Gante ha formulado el principio en estos términos : "Fuera de las atribuciones expresamente determinadas por la ley, el mandato ordinario del tutor se limita á la administración de los bienes del pupilo; y por regla general, el derecho de administrar no comprende el derecho de disponer."

"No siempre es admitido este principio. Muchos autores no tienen regla cierta. De ahí grande incertidumbre y arbitrariedad inevitables en los problemas de aplicación. Hay un sistema diametralmente opuesto al que acabo de puntualizar. Aubry y Rau se fijan en estas palabras del art. 450 : "El tutor representa al pupilo en todos los actos civiles"; de las cuales deducen que el tutor, á falta de disposiciones contrarias, ejerce la atribución de ejecutar por sí solo, sin solemnidades, todos los actos necesarios ó útiles para la conservación y mejora del patrimonio del pupilo. Las disposiciones contrarias que la ley encierra conciernen á ciertos actos jurídicos para los cuales, á causa de los peligros que envuelven, exígese, bien autorización del consejo de familia, bien, además de esta autorización, la homologación judicial; y algunas veces aún prohibe al tutor ciertos actos. Para fundar esta doctrina se alega el Derecho antiguo. El Derecho romano decía que el tutor es tenido por dueño, pues ocupa el lugar del dueño. En cuanto á la palabra administrar empleada por el Código, es sinónima de gestionar, y comprende todos los actos necesarios ó útiles á le gestión de un patrimonio. Impugnamos esta opinión como opuesta á la letra y al espíritu de la ley. La palabra administrar tiene un sentido claro y preciso en el lenguaje del Código; denota que el administrador difiere esencialmente del dueño, en cuanto no puede ejecutar sino actos de administración, al paso que el dueño, en virtud del derecho de propiedad, puede disponer de todo cuanto le pertenece. Cuando el art. 125 dice que los que han obtenido la posesión provisional ejercen la administración de los bienes del ausente, quiere decir, según el parecer de todos, que no pueden ejecutar ningún acto de disposición. El art.

fiere al mandatario; pues la administración del guardador se extiende necesariamente á todos los bienes del pupilo, y

---

389 expresa que el padre, durante el matrimonio, es el administrador de los bienes personales de sus hijos menores; no confiere, pues, sino facultades de administración; no puede disponer de los bienes que debe administrar. En el mismo sentido dice el artículo 1428 que el marido tiene la administración de los bienes personales de la mujer; es verdad que el artículo 1421 emplea la misma expresión para calificar las atribuciones del marido como jefe de la sociedad conyugal, pero añade inmediatamente que pueden vender los bienes de la sociedad sin el consentimiento de la mujer. Luego, es dueño y señor, al paso que no es sino administrador de los bienes de la mujer. En fin, según el artículo 1988 el mandato conferido en términos generales no comprende sino los actos de administración; si se trata de enajenar, añade el artículo, ó de hipotecar, ó de cualquier otro acto de dominio, el mandato debe ser expreso. ¿Nó se dice claramente que por regla general el administrador no puede ejecutar ningún acto de dominio? La ley aplica este principio aún á los socios, aunque son propietarios de los bienes que componen el haber social: á falta de estipulaciones especiales, tienen la atribución de administrar, pero ella no les confiere el derecho de enajenar las cosas muebles que dependen de la sociedad. No hay sino un caso en que la ley confiere á un propietario que no tiene sino la administración el derecho de enajenar los muebles, esto es, cuando las mujeres están separadas de bienes. Esta excepción confirma la regla.

"Es verdad que en el antiguo Derecho romano se seguía el principio cuya expresión se halla en el Digesto: el tutor era reputado como propietario, cuando se trataba de proteger al impúber, esto es, de conservar y aumentar su patrimonio; se le permitia enajenar los bienes pupilares á título oneroso. Pero, cosa notable, tal atribución del tutor ha ido siempre á menos; la facultad de enajenar que se le reconocia en otro tiempo fue restringida sucesivamente, y los emperadores acabaron por prohibir al tutor la enajenación...

"No admitimos, pues, que el tutor pueda ejecutar por si solo, sin ninguna autorización, los actos para los cuales la ley no exige solemnidad especial. Si el acto no es meramente administrativo, el tutor no puede ejecutarlo. No cabe distinguirse, como lo propone Demolombe, entre el tercero y el menor. ¿Cómo un solo acto sería válido respecto de terceros y nulo en cuanto al pupilo? ¿Qué importa la buena fe de terceros? ¿Acaso la buena fe de terceros es lo que determina los derechos del tutor? Los límites de sus atribuciones se hallan trazados por la ley; cuando los traspasa, el hecho del tutor no es del pupilo; luego él menor puede

tratándose de esos bienes no puede establecerse la distinción entre el giro administrativo ordinario y el extraordinario; pues el guardador debe necesariamente atender á todos los negocios del pupilo. Pero la ley ha principiado por determinar las atribuciones del guardador, expresando clara y terminantemente que no le faculta sino para la administración. Luego, no puede el guardador ejecutar otros actos que los administrativos, y para los demás debe obtener autorización judicial. El guardador, lo repetimos, es el único representante legal del pupilo, el único mandatario establecido por la ley para que ejecute á nombre del pupilo los actos judiciales ó extrajudiciales, y en tan amplia administración se comprenden todos los asuntos del pupilo, aun cuando, tratándose de otro mandante, no se refieran al giro ordinario de sus negocios. Así, por ejemplo, si un mandante hubiere estipulado el pacto de retroventa respecto á inmuebles, y, vencido el plazo, fuere necesario al vendedor poner en ejecución aquel pacto, no estaría comprendido ello en el giro ordinario de la administración del mandatario; pero el guardador sí debiera, en ejercicio de su cargo, demandar al comprador para que reciba el precio y devuelva el inmueble.

La facultad de representar en juicio al pupilo en todos los asuntos está comprendida necesariamente en la administración del guardador; y como el Código chileno no encierra las excepciones puntualizadas en el Código de Napoleón sobre las demandas relativas á los bienes raíces, no necesita el guardador autorización judicial para reivindicar un inmueble ni para comparecer en juicio defendiéndole en una demanda sobre reivindicación.

134. De manera que podemos distinguir cuatro especies de actos :

1ª Actos meramente administrativos;

2ª Actos que el guardador puede ejecutar autorizado por el juez;

---

pedir la nulidad contra terceros. No se alegue el interés de los que contratan con el tutor; saben que tratan con un administrador, pueden y deben tomar las respectivas precauciones. " (Laurent. V. 40-42.)

3ª Actos que además de la autorización judicial exigen ciertas solemnidades; y

4ª Actos que el guardador no puede ejecutar ni autorizado por el juez (36).

---

(36) " El Código de Napoleón trata de la administración del tutor.

" El tutor, en efecto, es la persona principal en esa administración. El protutor, el consejo de familia, el juez ejercen en ella atribuciones importantes; pero esas atribuciones no son á menudo sino modificaciones de las del tutor y requisitos para su ejercicio.

" El tutor, decimos, representa al menor; él es quien procede á su nombre, en su lugar, en todos los actos civiles, judiciales ó extrajudiciales, como actor ó como reo.

" Su mandato es general; puede, en virtud de sus atribuciones, sin que una ley especial le autorice, ejecutar todos los actos, deducir todas las acciones que conciernen al pupilo.

" Lo puede, bien conformándose á los requisitos y solemnidades determinados por la ley, bien sin ningún requisito á tratarse de un acto para cuya ejecución la ley no exige ninguno.

" Todas estas atribuciones del tutor se comprenden en la palabra *administración*, en su acepción más elevada; en ese sentido se puede decir que el tutor *administra* aunque enajene un inmueble del menor con los requisitos y solemnidades puntualizados por la ley.

" Esta administración debe efectuarse por el tutor como buen padre de familia, esto es, como hombre cuidadoso, con prudencia é inteligencia. Tal es el sentido general de estas expresiones, que se encuentran más de una vez en el Código de Napoleón, y cuyo orígen se halla, á no dudarlo, en el Derecho romano, según el cual el hijo de familia no tenia ninguna propiedad, y el *pater familiae* era el único que tenia la administración de los bienes de la familia, cuya propiedad se resumia en su persona... *Qui in domo dominium habet.*

" El articulo 459 establece como sanción de este deber la responsabilidad del tutor á indemnizar los daños y perjuicios que resultarían de su mala gestión.

" En la organización de las atribuciones del tutor hubo de evitarse varios escollos.

" Por una parte, no convenian demasiadas precauciones, que hubieran dificultado la administración en detrimento mismo de los intereses que se quería proteger.

" Pero no era necesario, por otra parte, conferir al tutor el derecho de resolver por sí mismo todos los problemas, aun muy graves, concernientes al patrimonio del pupilo.

135. Pero es de notar que la ley autoriza varias veces implícitamente al guardador para ciertos actos ó contratos.

" Aun había ciertos actos que se debian prohibir de una manera absoluta.

" El legislador debía considerar también los diferentes actos, no sólo atendiéndose á su importancia, sino también á su carácter general, según que constituyesen actos de administración ó, al contrario, actos de enajenación ó disposición, y según que se renovaran más ó menos frecuentemente, en épocas periódicas, ó que no se efectúen, al contrario, sino raras veces y á largos intervalos.

" A consecuencia de estas consideraciones, varias y complejas, distingue cuatro clases de actos :

1ª Unos que el tutor puede ejecutar por sí mismo;

2ª Otros para los cuales le es necesaria, aunque suficiente, la autorización del consejo de familia;

3ª Actos para los cuales es menester la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal, y algunas veces aun otros requisitos; y

4ª Los últimos, en fin, que le están prohibidos, y para los cuales no puede autorizársele por el consejo de familia ni por el tribunal.

" La regla general, á este respecto, consiste en que el tutor puede ejecutar todos los actos de administración para los cuales la ley no le obliga á obtener autorización del consejo de familia.

" El mandato del tutor es general; él es quien está encargado de administrar los bienes del menor y de representarle en todos los actos civiles; y no sólo la pura administración es lo que se le ha confiado, es la administración en el sentido más lato de esta palabra, esto es, el mandato de ejecutar, á nombre del menor y como buen padre de familia, todos los actos que el menor mismo ejecutaría si no fuese incapaz.

" El Código de Napoleón ha especificado positivamente los varios actos para los cuales el tutor debe obtener, bien la autorización del consejo de familia, bien la homologación del tribunal; de donde se deduce que para los actos respecto de los cuales el Código no exige sino la autorización del consejo de familia, el tutor no necesita la homologación del tribunal, como igualmente no necesita autorización del consejo de familia ni homologación del tribunal para los actos que no exige una ni otra el Código civil.

" La autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal son, en este sentido, dos restricciones del mandato general del tutor, dos excepciones á la regla que el tutor representa al menor y sólo él administra la tutela, y por conse-

Por ejemplo, el art. 393 expresa que el guardador no puede vender los bienes raíces ni los muebles preciosos sino con autorización judicial, y como guarda silencio en cuanto á los muebles no preciosos, dedúcese que el guardador puede enajenarlos sin observar ninguna solemnidad; pues si así no fuese, deduciríase que el guardador no puede en ningún caso enajenar los bienes muebles; lo cual fuera absurdo.

136. Hay otros actos que no siendo de administración no están autorizados por la ley expresa ni tácitamente, sin que haya prohibición expresa. En el título de la administración de los tutores y curadores la ley guarda profundo silencio en cuanto á la facultad de tomar dinero prestado. Evidentísimo que ella sería una de las más peligrosas; y por eso el Código de Napoleón exige que el guardador, para recibir dinero á mutuo, obtenga autorización del consejo de familia y confirmación del tribunal de primera instancia. Pero por lo mismo que la facultad es tan peligrosa, hubiera convenido, que ó bien el mutuo se contara entre los actos absolutamente prohibidos, como la donación de bienes raíces, ó entre los que no pueden ejecutarse sino en casos determinados. El silencio del legislador en punto tan trascendental es una grave omisión; pero opinamos, con Laurent, que ni al intérprete ni al juez corresponde establecer excepciones. La regla general, comprendida en el art. 391, consiste en que las facultades del guardador se

---

cuencia no deben exigirse sino en los casos en que la ley misma los prescribe.

" Esta proposición me parece exacta, sobre todo en cuanto concierne á las relaciones del tutor con terceros.

" Lejos estoy de negar que en más de una circunstancia podría exirgirse por un argumento *a pari*, y algunas veces talvez *a fortiori*, que el tutor obtenga, ya la autorización del consejo de familia, ya la homologación del tribunal.

" Que en tal caso el tutor proceda prudentemente consultando al consejo de familia; que aun debe consultarle para no contraer responsabilidad personal, me parece evidente.

" Pero yo no admitiría que su mandato pueda alterarse, en cuanto á terceros, y que un simple argumento de analogía baste para establecer contra ellos una causa de nulidad del contrato celebrado con el tutor. " (Demolombe. VII. 633-635.)

limitan á la administración de los bienes; las excepciones se determinan en casos especialísimos, puntualizados taxativamente, ya en forma negativa, ya prescribiéndose ciertos requisitos. Luego, si los actos no están comprendidos en las excepciones determinadas por la ley expresa ó tácitamente, prohíbense al guardador tales actos. Tanto más inexplicable es la omisión cuanto en el Título XXII, de la administración especial á la tutela, tenemos el art. 432 : " Si los frutos de los bienes del pupilo no alcanzaren para su modesta sustentación y necesaria educación, podrá el tutor enajenar ó gravar alguna parte de los bienes, *no contrayendo empréstitos ni tocando los bienes raíces ó los capitales productivos sino por extrema necesidad* y con *la autorización debida.* " La autorización, como se ve, se refiere así á los empréstitos como á los demas casos puntualizados en el artículo; al hablarse de la administración general debió puntualizarse cómo se obtendría la *autorización debida.*

Hay más, el art. 410 faculta al tutor ó curador para cubrir con dinero del pupilo las anticipaciones hechas á beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza. Tales anticipaciones son, á no dudarlo, contrato de mutuo, porque el guardador presta al pupilo el dinero necesario para los gastos urgentes; como, por ejemplo, intereses de capitales que hubiere debido el padre del pupilo; pago del precio de inmuebles y otros semejantes, y el guardador sabe que el pupilo le reembolsará esos intereses corrientes.

Si el guardador no tiene dinero para hacer esas anticipaciones, ¿no podrá acudir á terceros para que se lo presten? Así debió ser, pero no lo es en realidad, porque si el legislador guarda silencio, debe aplicarse la regla general determinada en el art. 391, y, por lo mismo, según el sistema del Código chileno el guardador no puede tomar dinero prestado sino en el caso previsto por el art. 342.

En resolución, si el legislador se ha limitado á guardar silencio, subsiste la regla general; y si no hay mera omisión, se deducirá que él mismo ha preferido que por regla general más bien se enajenen los bienes raíces ó los muebles preciosos, que no el tomar dinero á mutuo. Pero juzgamos que no sería prudente el exponer á los pupilos á los graves perjuicios que acarrea la resolución de un con-

trato de venta por falta del pago del precio. Parece, pues, de todo punto necesario que el legislador conceda al juez la facultad de autorizar al guardador para recibir dinero á mutuo, cuando, de no hacerlo, sobrevendrían al pupilo gravísimos perjuicios.

137. II. La regla segunda es mera consecuencia de la primera. Si el guardador administra los bienes del pupilo, debe conservalos, repararlos y cultivarlos, actos esencialmente de mera administración. Opinamos, pues, que esa regla es del todo nugatoria, y que lejos de conveniente induce á dudar en qué consiste la administración de los bienes pupilares. Efectivamente, si después de dar la regla, necesaria é importantísima, de que el guardador administra los bienes del pupilo, se agrega que debe conservarlos, reparlos y cultivarlos; cualquiera pregunta en qué consiste la administración determinada en la regla primera.

138. III. La responsabilidad del guardador se extiende hasta la culpa leve inclusive. Lo cual significa que el guardador debe administrar como buen padre de familia, con la diligencia que los hombres juiciosos suelen emplear en sus negocios propios.

Si bien el cargo de guardador es obligatorio, y si bien la remuneración no es proporcionada al trabajo necesario para desempeñar el cargo de una manera provechosa al pupilo; la ley debía exigir que el guardador administre por lo menos como buen padre de familia.

Al comentar el art. 44 observamos en qué consiste la culpa leve, y que el Código chileno no ha procedido acertadamente al seguir la terminología del Derecho romano. Cuando se trata de culpa, el juez, para calificar la diligencia, debe atender necesariamente á todas la circunstancias.

Acaso convenga expresar que muchas veces las obligaciones impuestas al guardador exigen en la administración nimio cuidado, y que por lo mismo, la regla general establecida en el art, 391 en cuanto á la culpa leve, se modifica por reglas especiales sobre la culpa levísima. Así, por ejemplo, el art. 406 exige que el guardador emplee el dinero ocioso del pupilo por mínima que sea la cantidad, y, á no cumplir esa obligación, le constituye responsable de los

intereses corrientes. Los hombres juiciosos que administran con mediana diligencia no colocan á interés el dinero á medida que va colectándose, pues lo depositan para emplearlo cuando las circunstancias lo exijan; mas el guardador no puede, lo repetimos, tener improductivo en ningún caso el dinero del pupilo. Modifícase, pues, la regla general, y sabido es que las leyes especiales prevalecen sobre las generales cuando entre unas y otras hubiere oposición.

Art. 392. Si en el testamento se nombrare una persona a quien el guardador haya de consultar en el ejercicio de su cargo, no por eso será éste obligado a someterse al dictamen del consultor; ni haciéndolo, cesará su responsabilidad.

Si en el testamento se ordenare espresamente que el guardador proceda de acuerdo con el consultor, tampoco cesará la responsabilidad del primero por acceder a la opinion del segundo, pero habiendo discordia entre ellos no procederá el guardador sino con autorizacion del juez, que deberá concederla con conocimiento de causa.

REFERENCIAS.

Testamento. 999. 354. 355. 358. 360.
Guardador. 338.
Obligado. 1437.
Responsabilidad. 415.

CONCORDANCIAS.

C. E. 382.

C. de N. 391. Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle.

Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil sera

391. Podrá el padre sin embargo nombrar á la madre sobreviviente y tutritz un consultor especial, sin cuyo parecer no podrá ella ejecutar ningún acto relativo á la tutela.

Si el padre especifica los actos par los cuales se nom-

nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assistance.

bra el consultor, la tutriz será hábil para ejecutar los otros sin su intervencion.

C. E. 382. Si en el testamento se nombrare una persona á quien el guardador haya de consultar en el ejercicio de su cargo, no por eso estará éste obligado á someterse al dictamen del consultor; ni haciéndolo, cesará su responsabilitad...

C. C. 482.

D. XXVI. VII. 5 § 8. Papinianus libro quinto Responsorum ita scribit : pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit, et eo nomine tutores liberavit; non idcirco minus officium tutorum integrum erit, sed viris bonis conveniet, salubre consilium matris admittere, tametsi neque liberatio tutoris, neque voluntas patris, intercessio matris tutoris officium infringat.

8. Papiniano en el libro quinto de los Digestos escribe, que el padre mandó que la tutela de los hijos se administrase con consejo de la madre; y por esta razón libertó á los tutores : por esto no se disminuirá el cargo de los tutores; pero es conveniente que admitan el saludable consejo de la madre, aunque ni la libertad del tutor, ni la voluntad del padre, ó la intervención de la madre disminuya el oficio del tutor.

COMENTARIO.

139. Encierra este artículo las siguientes reglas :

1ª Si en el testamento se nombrare una persona á quien el guardador haya de consultar en el ejercicio de su cargo, no por eso estará el guardador obligado á someterse al dictamen del consultor ;

2ª Si el guardador se somete al dictamen del consultor, ello no le exonera de responsabilidad;

3ª Si en el testamento se ordena expresamente que el guardador proceda de acuerdo con el consultor, tampoco cesa la responsabilidad del primero por acceder á la opinión del segundo; y.

4ª Si hubiere discordia entre el consultor y el guar-

dador, no procederá éste sino con autorización de juez; el cual la concede con conocimiento de causa.

140. Graves son las dificultades que á consecuencia de este artículo se suscitan.

El nombramiento mismo del consultor es algo extemporáneo; porque debió, como en el Código de Napoleón, mencionarse entre las atribuciones del testador la de nombrar la persona con quien el guardador esté obligado á consultarse.

Hemos visto ya que según el art. 391 del Código de Napoleón, el padre puede nombrar un consultor á la madre tutora, sin cuyo parecer no pueda ella ejecutar ningún acto relativo á la tutela. Mas en el Código chileno, al hablarse de la constitución misma de la tutela y curaduría testamentarias, se determinan una á una todas las atribuciones del testador, y ni una palabra se dice en cuanto á este consultor, que en el art. 392 viene como llovido.

La historia fidedigna del Código nos manifiesta el origen de tan grave falta. En el proyecto de D. Andrés Bello ni se mienta tal consultor, y la Comisión Revisora se antojó de prever el caso de que en el testamento se nombrase un consultor, cuyo parecer deba oír el guardador, bien para todos los actos de la tutela, bien para algunos que el mismo tutor hubiere determinado.

Según el sistema del Código de Napoleón, también presenta dificultades el nombramiento de consultor; pero se funda tal nombramiento en una razón plausible. La madre legítima sobreviviente ejerce de derecho así la patria potestad sobre la persona misma del hijo como la guarda concerniente á los bienes; y no pudiendo el padre privarla de los derechos por la ley puntualizados, se juzgó conveniente que, atenta la inexperiencia de las mujeres en cuanto á los negocios, el padre designase una persona que le inspirara plena confianza para que la madre le consultara en la administración de los bienes (37).

---

(37). M. Treilhard. "Defiriéndose la tutela á la madre, por el ministerio de la ley, pudiera concederse al padre el derecho de nombrar un consultor con quien ella deba ponerse de acuerdo."

El Cónsul Cambacérès. "Convengo en que se dé á la madre

Todo esto no es aplicable al Código chileno. Libre es el testador pera designar como guardador á cualquiera per-

---

el título de tutriz siempre que se autorice al padre para designar el consejo de una ó más personas sin cuyo consentimiento la tutriz no pueda ejecutar ningún acto.

" No juzgo, empero, que una mujer pueda ofenderse de que se la prive de la administración de los bienes : la única privación que sería penosa fuera la de la guarda de los hijos.

" A favor del sistema de la comisión se alega que la madre goza de los frutos del menor. Este motivo no obliga necesariamente á conferirle la administración de los bienes : otro puede administrar; basta que se entreguen los frutos á la madre tutriz; y si ésta proveyera con demasiada parsimonia á la educación y subsistencia de los menores, ¿no debía concederse acción contra ella al administrador? "

M. Bigot-Préameneu, " En la antigua Bretaña se nombraba consultores para la tutela, é intervenían en la administración. Pero eran poco útiles, pues no siendo responsables, su intervención degeneraba en mera fórmula, y nunca contradecían las proposiciones de la tutora.

" Envíanse á la comisión todas estas observaciones. " (Locré. VII. 170. 8. 9.)

" Debemos examinar la naturaleza de las funciones del consultor de la tutela; cuál es su objeto, cuál su extensión.

" El consultor no tiene atribuciones activas : no puede proponer ningun acto; sus atribuciones se limitan á la oposición, por la cual puede impedir que la madre ejecute actos imprudentes.

" Las atribuciones del consultor no se extienden sino á la administración de los bienes, mas no al gobierno de la persona del menor...

" En fin, la extensión de las atribuciones del consultor es la que el padre ha juzgado conveniente determinar. La madre no podrá proceder á ningún acto de administración si para todos debe dirigirle el consultor. Puede, al contrario, proceder por sí sola á los actos en que el marido no le ha puesto bajo la intervención del consultor. Así, por ejemplo, si el padre no prescribe la intervención del consultor sino para el contrato de arrendamiento, la madre tendrá el derecho de percibir la renta, dar cartas de pago, é invertir los fondos.

" Nótese, además, que muy bien puede el padre limitar á la madre las atribuciones de la tutela, mas no extenderlas. Luego, del artículo 391 no se deduce que el nombramiento del consultor exonere á la madre de obtener autorización del consejo de familia para los actos que no puede ejecutar sin tal autorización. " (Locré. (E). V. Art. 391.)

sona; ó para designar dos ó mas guardadores dividiendo entre ellos las funciones como lo estime conveniente á los intereses del pupilo. Asi, por ejemplo, puede nombrar á la madre para que cuide de la persona del menor, y confiar á un guardador la administración de los bienes.

La designación de consultor tiene, además, el gravísimo inconveniente de complicar el sistema. Como la ley no distingue, tampoco puede distinguir el juez ni el intérprete; y como la ley se refiere al testador, esto es, á todos los testadores á quienes confiere la atribución de nombrar guardador testamentario, síguese que puede haber dos ó más guardadores que administren conjuntamente, y consultor sin cuyo dictamen no pueden ejecutar ningún acto. Así, el testador nombra un guardador que cuide personalmente del pupilo, dos guardadores que administren los bienes, un abogado de su confianza que debe dar su parecer cuando quiera que los guardadores contraten. No puede ser más complicado el mecanismo. El abogado será, no consultor, sino censor; su parecer estará siempre en pugna con el de los curadores; y á cada paso deberían éstos acudir al juez para que decida la controversia: gastos, dilaciones, falta de oportunidad en los negocios; todo lo cual redunda en perjuicio irreparable para el pupilo.

Todavía es más complicado el sistema cuando un tercero, que lega bienes al pupilo, nombra dos ó más curadores para la administración y además un consultor.

Por fortuna, esta disposición no se aplica en la práctica, pues durante la nuestra, que ha sido muy larga, no hemos visto ni un solo caso en que los testadores hagan uso de la disparatada facultad que la ley les concede. El buen sentido enseña, pues, que á nada conduciría el nombramiento del consultor, cuando se puede ejercer la atribución de nombrar dos ó más guardadores.

141. Oscura es la redacción del artículo en cuanto al oficio que desempeña el consultor. Asi en el inc. 1° como en el 2° no se habla sino de responsabilidad del guardador; la cual es muy distinta de la validez ó nulidad de los actos ó contratos que se ejecuten ó celebren.

El inciso primero distingue dos casos:

1° Cuando el testador no prescribe sino la consulta; y

2° Cuando ordena que el guardador proceda de acuerdo con el consultor.

Si bien en el primer caso hay un mero dictamen, el guardador es inhábil cuando omite la consulta, porque, á oír al consultor, hubiera podido proceder de otra manera.

En el segundo caso, todavía es más clara la incapacidad del guardador para representar al pupilo : " Habiendo discordia entre ellos " (el guardador y el consultor), " no procederá el guardador sino con autorización del juez, que deberá concederla con conocimiento de causa. "

Recuérdese que según el art. 1447 hay tres especies de incapacidad : absoluta, relativa y *particular;* y que esta última consiste en la prohibición impuesta á ciertas personas para ejecutar ciertos actos. Incapacidad *particular* es, por lo mismo, la que en los casos previstos por el art. 392 tiene el guardador. Si la ley le ha prescrito que no contrate á nombre del pupilo sin oír el dictamen del consultor, y que, en ciertos casos, proceda de acuerdo con éste ó con la respectiva autorización judicial, el acto ó contrato ejecutado ó celebrado sin el dictamen, acuerdo ó autorización, adolecería de nulidad relativa, que pudiera alegar así el guardador mismo como el pupilo cuando salga de la menor edad.

Esto complica todavía más el nombramiento de consultor, pues las personas que contratan con un guardador testamentario no sólo deben tener pleno conocimiento de las disposiciones legales concernientes á la administración de la tutela, sino que además han de imponerse del testamento para investigar si el testador ordenó que el guardador consultase á una persona determinada para ejecutar ciertos actos ó celebrar ciertos contratos.

142. Los comentadores del Código de Napoleón discuten sobre si los contratos celebrados por la madre tutora sin oír el parecer del consultor adolecerían de nulidad. Laurent (38)

---

(38) " Si la madre no oye el dictamen del consultor aun cuando está obligada á ello ¿será nulo el acto ó contrato? Muchos autores juzgan que el acto ó contrato es válido, salvo el derecho del menor para reclamar contra la madre. Esta era la antigua jurisprudencia. Opinamos con M. Demolombe que el acto es nulo.

y Demolombe (39) opinan afirmativamente, Aubry y Rau

El nombramiento de un consultor acarrea la incapacidad de la madre; la cual es declarada legalmente incapaz de obrar sin intervención del consultor. Ahora bien, ¿puede suponerse que un acto ejecutado por un incapaz sea válido? ¿Para qué serviría entonces el nombramiento del consultor? La madre no puede proceder, dice el artículo 391; es inhábil, añade la ley..... Opónese el interés de terceros, que pueden ignorar el nombramiento del consultor, y que, ignorándolo, debe creer que la madre tutora es capaz. La objeción se dirige al legislador. Muy cierto que debió prescribir la publicidad para precaver á terceros. No lo ha hecho; pero de ahí no se sigue que la madre sea capaz. Este no es el único caso que la falta de publicidad perjudique á terceros que contratan de buena fe. " (IV. 382.)

(39) " Los actos ejecutados por la madre tutriz, sin intervención del consultor ¿son anulables respecto de terceros?

" Evidente que lo son, si los terceros conocieren el nombramiento del consultor. Si éste, por ejemplo, informado de un proyecto de contrato que la madre va á celebrar, advierte al tercero que debe intervenir.

" Pero si el tercero ignora el nombramiento de consultor, algunos autores enseñan que en cuanto á él es válido el acto, y que sólo la madre responde de los daños y perjuicios para con el menor.

" Parece en efecto que antiguamente la obligación impuesta al tutor de oír el parecer del consultor se refería sólo á educar á los menores, y que el único efecto era constituir al tutor responsable hacia él personalmente. Preténdese que esta doctrina debe aceptarse según el Código de Napoleón, tanto más cuanto la madre es tutora legal; que eso es de derecho común, y que el nombramiento de un consultor es una excepción que los terceros no están obligados á adivinar. Si la ley hubiese querido que tal nombramiento los perjudicara, hubiera determinado un medio de publicarlo para prevenirlos.

" No admito empero esa opinión en términos absolutos; y juzgo, al contrario, que la regla general consiste en que los actos ejecutados por la madre, sin intervención del consultor, son anulables respecto de terceros, y que sólo por excepción pueden subsistir, si los terceros probaren que no han podido conocer el nombramiento del consultor.

" Hemos visto que la madre no es hábil para contratar sin la intervención del consultor.

" Ahora bien, esta proposición no sería verdadera y, al contrario, la madre sería hábil para contratar sin tal intervención, si sus actos fuesen válidos respecto de terceros.

" Luego, todas las razones aducidas para demostrar nuestra

sostienen que si los terceros proceden de buenan fe el contrato es válido (40). Nosotros, como ya lo hemos

---

primera proposición demuestran también que los actos ejecutados sólo por la madre son anulables en cuanto á terceros.

" Así debe ser; de otra manera el nombramiento de un consultor no sería sino un medio casi nugatorio de proteger al pupilo, pues no impediría que la madre se obligue irrevocablemente para con terceros.

" Se alega que el menor tendría acción para que la madre le indemnice los daños y perjuicios.

" Eso es indudable; pero ¿será solvente la madre? Además ¿nó es una acción del pupilo contra sí mismo? ¿Nó es el pupilo heredero presunto de la madre?

" Se objeta además que la madre es tutora *ipso iure;* que los terceros la tienen por tal, y que la ley no ha querido que se les tienda un lazo.

" Respondo que cuando la ley llama á la madre sobreviviente, declara que el padre puede nombrarle un consultor, y por lo mismo no es cierto que declare que la madre es pura y simplemente tutriz.

" Si el padre ha ejercido su derecho, el nombramiento del consultor es una modificación coetánea á la tutela é inseparable de ella.

" Luego, á los terceros incumbe investigar si existe esa modificación; puede referirse al inventario en que debió intervenir el consultor, averiguar con los miembros del consejo de familia, con el juez de paz y sobre todo con el protutor..... " (VII. 97. 98.)

(40) " Es verdad que las personas que tratan con un incapaz ó con su representante no pueden, por regla general, prevalerse de las circunstancias de que ignoraban tal incapacidad, ó las limitaciones á las facultades del representante. *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius.* Pero si esta regla es de absoluta aplicación en cuanto á la incapacidad que, como la del menor, de la mujer casada ó del tutor, proviene inmediatamente de la ley, como consecuencia necesaria del estado normal de un individuo, ó como inherente según la ley á las funciones del representante, no nos parece aplicable, en todo su rigor, al caso en que la capacidad ordinaria se restringe excepcionalmente, cuando se alega á esta restricción una presunción legal de notoriedad, fundada en la publicidad del acto que la produce. A falta de ese requisito, juzgamos que los tribunales debían, en interés de los terceros que justifiquen su plena buena fe, declarar válidos los actos ejecutados por el incapaz. Ahora bien, tal es precisamente la hipótesis en que nos hallamos; pues, por una parte, la incapacidad de la madre tutora, á quien se nom-

dicho, seguimos la primera opinión, fundada en los más obvios principios de jurisprudencia. Cuando la ley declara una nulidad, el intérprete tiene de aceptarla, aunque los efectos pugnen con la equidad y la justicia. Por ejemplo, el guardador dió en arrendamiento un predio del pupilo sin que precediese la respectiva consulta. Si el arrendatario ha procedido de buena fe, sería inicuo que el arrendamiento adoleciese de nulidad. Sí lo es, á no dudarlo, pero censúrese al legislador que no excogitó los arbitrios conducentes á que la incapacidad del guardador fuese conocida de todos.

143. ¿Qué oficio desempeña el consultor? Los comentadores del Código de Napoleón asimilan el consultor al mandatario, y Laurent opina que en realidad de verdad lo es el consultor (41). La esencia del mandato consiste en que una persona represente á otra ejecutándo actos ó celebrando contratos que obliguen á la segunda. El consultor no administra negocios ajenos, no contrata, sus facultades se limitan á dar dictamen, bien en cada uno de los asuntos de la guarda, bien en uno o más asuntos determinados; y por lor mismo sus funciones ni siquiera se asemejan á las del mandatario. No pasa de la esfera de consultor, llamado á intervenir en la administración, no como representante del pupilo, sino como persona que debe manifestar si el acto ó contrato le es ó no conveniente (42).

---

bra un consultor, es de naturaleza del todo excepcional; y, por otra parte, esa incapacidad es el resultado de un acto que por sí mismo no es público, y que la ley no somete á ningún medio de publicidad. " (I. § 99 bis.)

(41) " El consultor no es tutor ni protutor. La madre es la tutriz, dice el artículo 391, y el artículo 421 prescribe que se nombre el protutor á la madre sobreviviente. El consultor es mero *mandatario;* deben, pues, aplicarse los principios que rigen el mandato y no las reglas concernientes á la tutela. Así, el consultor es libre para no aceptar el mandato, al paso que el tutor nombrado por testamento debe aceptarlo. Si el consultor rehusa, no puede reemplazarse ni por el consejo de familia ni por el tribunal... Si el consultor acepta el mandato que se le confiere, debe cumplirlo como todo mandatario, pero siempre es libre para renunciarlo. " (IV. 378.)

(42) " La persona designada como consultor no está obligada

Pero de ahí no se deduce que la ley exonere al consultor de toda responsabilidad. Cuando una persona da consejo oficiosamente, no contrae obligación alguna sino en caso de dolo; esto es, si tiene ánimo deliberado de perjudicar. El consultor no da oficiosamente el consejo; cuando acepta el cargo se obliga á desempeñarlo bien, y en virtud de esta obligación contrae además la de proceder como buen padre de familia. Responde hasta de la culpa leve, pues de la naturaleza misma del cargo, proveniente de la ilimitada confianza que el testador ha depositado en él, se deduce que debe proceder como buen padre de familia (43).

á aceptar el cargo que se le confiere. Para explicar esta anomalía y algunas otras se pretende que intervienen los principios del mandato, y se asimila el consultor á un mero mandatario. ¿Mandatario de quién? La verdad es que el padre se halla autorizado por la ley solo para designar una persona que cumpla un encargo definido por el mismo legislador; que este encargo no es obligatorio, aunque se refiera á la gestión de la tutela, y que puede rehusarlo aquel á quien se ofrece;

" Pero de que este encargo no es mandato se sigue :

" 1° Que no puede ser desempeñado sino por un individuo que tenga la capacidad necesaria para adiministrar la tutela, y no por cualquier individuo que pudiera ser mandatario ;

" 2° Que este encargo, para cada uno de los actos en que debe ejercerse, se debe conferir pura y simplemente, y no á plazo ni bajo condición ;

" 3° Especialmente que el padre no podría sustituir un consultor á otro para el caso en que el primer nombrado falte por cualquier motivo, ni autorizar al consultor para nombrar un sustituto, como fuera posible en materia de mandato. El tenor literal mismo del artículo 392 prohibe estos múltiples nombramientos ;

" 4° El padre, por consecuencia, no podria nombrar dos ó más personas para consultores, aunque puede constituirse dos ó más mandatarios para un mismo negocio ;

" 5° Que el consultor, aceptado el encargo, es libre para renunciarlo, sin que entonces le sea aplicable el artículo 2007 del título del mandato :

" 6° En fin, que no siendo el consultor mandatario, debe responder solamente del dolo ó de la culpa grave, y no de la leve como todo mandatario. " (Huc. 111. 262. 263.)

(43) " Se enseñaba que el consultor no es responsable de su dictámen á menos que hubiere incurrido en dolo.

" Tal es, se dice, la regla general : *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio.*

144. Como en el Código hay una sola disposición, aislada, incoherente, relativa á los consultores; todas las reglas que á ellos atañen se deducen sólo del sistema del propio Código. Si se pregunta, pues, si el consultor pudiera ser una persona incapaz para ser tutor ó curador, responderemos que no lo puede, porque siendo un auxiliar de la guarda, debe tener por lo menos la idoneidad de los guardadores, y decimos *por lo menos*, pues si se puntualizan los requisitos del consultor sería preciso que sea más ilustrado y más probo que los guardadores. Las causas de incapacidad provienen de la presunción legal de que ciertas personas, en ciertas circunstancias no pueden administrar la guarda bien; y nada fuera más absurdo que esas mismas personas interviniesen dando consejos; los cuales pueden influir en el ánimo del guardador para eje-

---

" Esta regla no se aplica sino al que aconseja oficiosamente, y cuando la persona á quien se da el consejo es libre para seguirlo ó no seguirlo; y, en este sentido, la regla es en efecto muy exacta.

" Ahora bien, esa no es nuestra hipótesis.

" El consultor, nombrado por el padre, aceptó un mandato, y por eso su parecer es necesario y de él no puede prescindir la madre.

" Y el mandatario responde del dolo y aún de la culpa leve.

" Luego, el consultor responde de esta culpa; como si, por ejemplo, por su retardo no excusable en dar el parecer, hubiese comprometido los intereses del menor... (Demolombe. VII. 102).

" Algunos autores proponen que se aplique al consultor la regla. *Non fraudulento consilii, nulla est obligatio.* Pero esta regla, que supone un consejo puramente oficioso dado á una persona que no tenía necesidad de él, es evidentemente ajena á nuestra materia, pues el consultor contrae, por la aceptación del encargo que se le confía, la obligación legal de cumplir diligentemente los deberes que ese cargo impone. Según M. Valette el consultor debe ser asimilado al mandatario, y en calidad de tal sería responsable del dolo y aún de la culpa. Esta asimilación no nos parece completamente exacta, pues el consultor no se halla, como el mandatario, encargado de proceder á nombre del pupilo que le nombró. Opinamos que la posición del consultor es idéntica á la de los miembros del consejo de familia: el consultor, como éstos, responde del dolo y de la culpa grave, pero de ahí no pasa su responsabilidad. " (Zachariae. (A. R.) I. § 99 bis.)

cutar actos ó celebrar ciertos contratos concernientes á la administración.

De ahí también nacen nuevas dificultades ¿Quién debería solicitar que se declare la incapacidad del consultor? Parece que si bien no impone la ley al guardador tal obligación especialmente, ella se deduce de la naturaleza misma de sus funciones y en especial la de responder hasta de la culpa leve inclusive en el desempeño de su cargo. No pudiera exonerarle al guardador la ignorancia de la ley en cuanto á la incapacidad, y si la sabe, procedería negligentemente si aceptase la intervención de una persona cuya falta de idoneidad fuese manifiesta. Si, por ejemplo, el testador nombró para consultor á un individuo que al tiempo de otorgarse el testamento gozaba de buen crédito; y mientras el desempeño del cargo cayese en insolvencia, ¿cómo pudiera el guardador, sin incurrir en grave negligencia, aceptar el consejo del fallido? ¿Aceptaría acaso el consejo de un individuo condenado á penitenciaría?

Opinamos que la remoción del consultor pudiera pedirse también por los parientes del pupilo, por cualquiera persona del pueblo, y aun ordenarse por el juez, de oficio.

Si el consultor llegare á ser incapaz, salta á la vista que no se nombrará otro, porque tal cargo se confiere atentas las circunstancias specialísimas que han inspirado al testador plena confianza.

Art. 393. No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afeccion; ni podrá el juez autorizar esos actos, sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta (*).

(*) Locré. VII. art. 56. 57. 139. 154. art. 53-188. 25-206. art. 68. — Locré (E.) V. p. 215-218. — Pothier. Des personnes. 170. — Dalloz. Minorité. 450. 455. — Toullier. II. 1224. 1227. 1228. — Laurent. V. 15-22. 63-65. 86-90. 93. — Demolombe. VII. 571-574. 586. 598. 731-741. — Zachariae (A. R.) I. § 113. — III. § 769. — Huc. III. 425-431. — Demante. II. 214. 215 bis. —

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Bienes raíces. 568. 580.
Pupilo. 346.
Hipoteca. 2407.
Censo. 2022.
Servidumbre. 820.
Empeñar. 2384.
Muebles. 567.
Todo el artículo. 1445. 1447. 1448. 1682.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 432. No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre; ni concederá el juez esta autorizacion sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta.

433. Tampoco será lícito al tutor o curador enajenar o empeñar, sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta, los muebles preciosos o que tengan valor de afeccion.

C. E. 383.

C. de N. 457. Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille.

Cette autorisation ne devra être accordée que pour

457. El tutor, aunque sea padre ó madre, no puede tomar prestado á nombre del menor, ni enajenar ó hipotecar sus bienes raíces, sin previa autorización del consejo de familia.

Esa autorización no debe concederse sino por causa de

Pardessus. II. 246. — Febrero. I. 162. 10. — Molina. Tract. II. D. CCXXIV. 20. — Gutiérrez (B.) p. 824 § VI. — Gutiérrez (I.). P. II. c. V. 1-4. 8. 9. — 22-24-28. — 32. 33-56. — Lacoste. 138-140. — Namur. I. § 99. C. 1. 2. — Ortolan. II. 265-269. — Accarias. I. 142. 149. — Maynz. III. § 347. — Mackenzie. p. 154. — Savigny. VII. § 324. VIII. 380. — Story. 497. 500-504. — Fiore. I. 470-473. — Calvo. II. § 838. — Vincent et Pénaud. Minorité. 91. 94. 101-117. — Despagnet. 289. VI. VII. — Massé. II. 1028. — Foelix. II. 456.

cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident.

Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants.

Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles.

458. Les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance, qui y statuera en la chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur du Roi.

464. Aucun tuteur ne pourra introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil de famille.

necesidad absoluta ó de utilidad evidente.

En el primer caso, el consejo de familia no concederá la autorización sino después que se hubiere hecho constar por cuenta sumaria, presentada por el tutor, que el dinero, muebles y rentas del menor son insuficientes.

El consejo de familia indicará, en cada caso, los inmuebles que deban venderse con preferencia, y todas las bases que juzgue convenientes.

458. Las resoluciones del consejo de familia relativas á este objeto, no serán ejecutadas sino después que el tutor hubiere pedido y obtenido aprobación del tribunal civil de primera instancia, el cual decidirá en la cámara del consejo, y oído el ministerio público.

464. Ningún tutor podrá deducir en juicio una acción relativa á los derechos inmuebles del menor, ni convenir en una demanda relativa á los mismos derechos, sin autorización del consejo de familia.

C. Arg. 434. El tutor no puede enajenar los bienes muebles ó inmuebles del menor, sin autorizacion del juez de la tutela.

435. Le es prohibido tambien constituir sobre ellos derecho real alguno, ó dividir los inmuebles que los pupilos posean en común con otros, si el juez no hubiese decretado la division con los co-propietarios.

438. El juez puede conceder licencia para la venta de los bienes raíces de los menores, en los casos siguientes :

1° Cuando las rentas del pupilo fuesen insuficientes para los gastos de su educacion y alimentos;

2° Cuando fuese necesario pagar deudas del pupilo, cuya solucion no admita demora, no habiendo otros bienes ni otros recursos para ejecutar el pago;

3° Cuando el inmueble estuviese deteriorado, y no pudiera hacerse su reparacion sin enajenar otro inmueble ó contraer una deuda considerable;

4° Cuando la conservacion del inmueble por mas tiempo, reclamara gastos de gran valor;

5° Cuando el pupilo posea un inmueble con otra persona, y la continuacion de la comunidad le fuese perjudicial;

6° Cuando la enajenacion del inmueble haya sido convenida por el anterior dueño, ó hubiese habido tradicion del inmueble, ó recibo del precio, ó parte de él;

7° Cuando el inmueble hiciese parte integrante de algun establecimiento de comercio ó industria que hubiese tocado en herencia al pupilo, y que deba ser enajenado con el establecimiento.

P. de G. 229. El Consejo de familia no podrá autorizar al tutor para enajenar ó gravar los bienes inmuebles del menor, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad, que el tutor hará constar debidamente.

230. La autorizacion ha de recaer sobre fincas determinadas, y concederse en instrumento público al que se unirán originales los papeles presentados por el tutor, para acreditar la necesidad ó utilidad.

231. Obtenida la autorización del consejo de familia, acudirá el tutor al tribunal de primera instancia para su confirmacion, oyéndose al ministerio fiscal.

Del auto confirmatorio ó denegatorio no habrá recurso alguno.

C. C. 483.

C. P. 346. Todos los guardadores, sin excepcion alguna, están obligados... :

9° A no enajenar ni obligar los bienes raíces ni los muebles preciosos sin licencia judicial, concedida por necesidad ó utilidad probadas, y con audiencia del consejo de familia.

La enajenacion no se verificará sino en pública subasta...

C. M. 516. Los bienes inmuebles, los derechos anexos á ellos ni los muebles preciosos, no pueden ser gravados

ni hipotecados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad del menor, debidamente justificadas, y previas la conformidad del curador y la autorización judicial.

C. de la L. 334. No podrán enajenarse ni hipotecarse los bienes raíces del pupilo, sino cuando, á petición del tutor que manifieste conviene más á los intereses del menor que esos bienes ó se vendan ó hipotequen, el consejo de familia debidamente convocado declare que en efecto la venta ó hipoteca es de absoluta necesidad ó de utilidad evidente para el pupilo.

335. Si el consejo de familia juzga que la venta ó hipoteca es conveniente al pupilo, determinará las bases motivándolas.

336. La venta de los bienes del menor se hará previa autorización judicial...

C. Esp. 269. El tutor necesita autorización del consejo de familia... :

5º Para enajenar ó gravar bienes que constituyen el capital de los menores ó incapaces, ó hacer contratos ó actos sujetos á inscripción.

270. El consejo de familia no podrá autorizar al tutor para enajenar ó gravar los bienes del menor ó incapacitado sino por causas de necesidad ó utilidad, que el tutor hará constar debidamente.

La autorización recaerá sobre cosas determinadas.

C. A. 232. No deben venderse los bienes raíces sino en caso de necesidad, previa autorización del tribunal pupilar y en subasta. Pero el tribunal, por causas graves, puede autorizar la venta privada.

P. VI. XVI. 18. Non deuen los guardadores dar, nin vender, nin enagenar ninguna de las cosas del huerfano, que sea rayz. Fueras ende, si lo fiziere alguno por pagar las debdas que ouiesse dexado el padre del huerfano, o por casar alguna de las hermanas del moço, o por casamiento del mismo, o por otra razon derecha que lo ouiesse de fazer, non lo podiendo escusar en ninguna manera. E aun estonce non lo puede fazer sin otorgamiento del Judgador : e el Juez le deue otorgar, si entendiere que tal enagenamiento se faze por alguna de las razones sobredichas. Pero non deue consentir que la casa que fue del padre, o del auuelo del huerfano, en que el nascio, se enagene en ninguna manera, podiendolo escusar.

D. XXVII. IX. 1. Impera- | 1. A los tutores y curado-

toris Severi Oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere.

§ 2. Et sunt verba eius huiusmodi : Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc Praetor urbanus vir clarissimus adeatur qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Praetori. Si communis res erit, et socius at divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli accepterit, ius exsequetur, nihil novandum censeo.

§ 3. Si defunctus, dum viveret, res venales habuerit, testamento tamen non caverit, uti distraherentur, abstinendum erit venditione, non enim utique, qui ipse voluerit vendere, idem etiam postea distrahenda putavit.

3 § 4. Si ius *implantandi*, vel *ingrediendi* habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit;

res se les prohibe por la oración del Emperador Severo la enajenación de los predios rústicos, ó inmediatos á la ciudad.

§ 2. Las cuales palabras son : A más de esto, padres conscriptos, prohiben á los tutores y curadores que enajenen los predios rústicos, ó inmediatos á la ciudad : á no ser que los ascendientes lo permitan en sus testamentos ó codicilos; mas si fueren tantas las deudas que no alcancen á pagarlas los demás bienes, en este caso el Pretor urbano, junto con otro varón ilustre, con juramento juzguen las cosas que se pueden enajenar ú obligar, quedándole acción al pupilo, si después pudiere probar que fue engañado el Pretor. Si la cosa fuere común, y el condueño la quisiere dividir, ó si el acreedor, que recibió del padre en prenda la heredad del pupilo, quisiere usar de su derecho, nada juzgo que se debe innovar.

§ 3. Si el dueño mientras vivió tenía las cosas para venderlas, pero no expresó en el testamento que se vendiesen, no se podrán vender, pues si el quiso venderlas mientras vivió, no por esto se ha de juzgar también que quiso que se vendiesen después de su muerte.

§ 3. Si el pupilo tuviere derecho enfitéutico en el predio del fisco ó del particular, veamos si podrán enajenar

et magis est non posse, quamvis ius praedii potius sit.

§ 5. Nec usufructus alienari potest, etsi solus fuit usufructus pupilli. An ergo hic nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere. Sed si propietatem habeat pupillus, non potest usufructum vel usum alienare, quamvis Oratio nihil de usufructu loquatur. Simili modo dici potest, nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adolescentis, nec servitutem remitti; quod et in fundo dotali placuit.

§ 6. Si lapidicinas vel quae alia metalla pupillus habuit...

5. Magis puto ex sententia Orationis impediri alienationem.

§ 1. Sed et si salinas habeat pupillus, idem erit dicendum.

§ 2. Si pupillus alienum fundum hona fide emtum possideat, dicendum puto, ne hunc alienare tutores posse...

§ 4. Si fundus legatus, vel per fideicommissum fuerit relictus Seio a pupilo herede instituto, an tutores restituere hunc fundum possint sine auctoritate Praetoris? Et putem, si quídem rem suam legavit, Cessare orationem; sin vero de re pupilli, dicendum erit, locum esse Orationi, nec incon-

los tutores : y es más cierto que no, aunque sea mejor el derecho del predio.

§ 5. Ni se puede enajenar el usufructo, aunque sea sólo del pupilo : y es claro que se puede restaurar; pero si el pupilo tuviere la propiedad no se puede enajenar el usufructo, ni el uso, aunque la oración nada hable del usufructo : del mismo modo se ha de decir que no se puede imponer servidumbre en el fundo del pupilo ó del menor, ni remitirla; lo cual también se determinó en cuanto al fundo dotal.

§ 6. Si el pupilo tenía canteras, ó minas de algún metal.....

5. Tengo por más cierto que la sentencia de la oración prohibe enajenar.

§ 1. Si el pupilo tuviere salinas, se dirá lo mismo.

§ 2 Si el pupilo poseyere el fundo comprado con buena fe, juzgo que se ha de decir que no pueden enajenarlo los tutores...

§ 4. Si se legó el fundo, o fue dejado por fideicomiso á Seyo, instituyendo por heredero al pupilo, ¿acaso los tutores podrán restituír este fundo sin autoridad del Pretor? Juzgo que si legó lo que era suyo no tiene lugar la oración; pero si del patrimonio del pupilo, se ha de decir que sí, y no se puede

sulto Praetore posse alienari.

§ 5. Si pupillus stipulanti spoponderit, an solvere possit sine Praetoris auctoritate? Et magis est, ne possit, alioquin inventa era alienandi ratio.

§ 9. Non passim tutoribus sub obtentu aeris alieni permitti debuit venditio namque non esse viam iis distractionis tributam; et ideo Praetori arbitrium huius rei senatus dedit, cuius officio in primis hoc convenit excutere, an aliunde possit pecunia ad extenuandum aes alienum expediri. Quaerere ergo debet, an pecuniam pupillus habeat vel in numerato, vel in nominibus, quae conveniri possunt, vel in fructibus conditis, vel etiam in reditum spe atque obventionum. Item requirat, num aliae res sint praeter praedia, quae distrahi possint ex quarum pretio aeri alieno satisfieri possit. Si igitur deprehenderit, non posse aliunde exsolvi, quam ex praediorum distractione, tunc permittet distrahi, si modo urgeat creditor, aut usurarum modus parendum aeri alieno suadeat.

§ 10. Idem Praetor aestimare debebit, utrum vendere potius, an obligare permittat, nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum foenoris, quam

enajenar sin decreto del Pretor.

§ 5. Si el pupilo prometió al que estipuló, ¿acaso podrá pagar sin autoridad del tutor? Es más cierto que no; pues de lo contrario se hallara una causa para enajenar.

§ 9. No se debió permitir á los tutores fácilmente la venta con el pretexto de pagar; porque no se les concede este modo de enajenación; y por esto dejó el Senado al arbitrio del Pretor en este caso; a quien le corresponde examinar ante todo si se puede conseguir dinero de otra parte para el pago: debe también preguntar si el pupilo tiene dinero sonante, ó créditos que se pueden cobrar, ó en los frutos de arrendamiento, ó de réditos de sus rentas: también debe investigar si se pueden vender algunas otras cosas, excepto los predios, de cuyo precio se pueda pagar lo que se debe; y si averiguase que no se puede pagar de otra manera que vendiendo los predios, en este caso permitirá que se vendan, si apremia el acreedor ó tiene que pagar los intereses de lo que debe.

§ 10. El mismo Pretor deberá juzgar si es más conveniente vender ú obligar: también debe observar cuidadosamente de no recibir mayor cantidad por la obligación de los predios, de la

quod opus sit ad solvendum aes alienum, aut distrahendum arbitrabitur ne propter modicum aes alienum magna possessio distrahatur; sed si sit alia possessio minor vel minus utilior pupillo, magis eam iubere distrahi, quam maiorem et utiliorem.

§ 11. In primis igitur, quoties desideratur ab eo, ut remittat distrahi, requirere debet eum, qui se instruat de fortunis pupilli, nec nimium tutoribus vel curatoribus credere, qui nonnumquam lucri sui gratia asseverare Praetori solent, necesse esse distrahi possessiones, vel obligari. Requirat ergo necessarios pupilli, vel parentes, vel libertos aliquos fideles, vel quem alium, qui notitiam rerum pupillarium habet; aut si nemo inveniatur, aut suspecti sint, qui inveniuntur, iubere debet edi rationes, itemque synopsin bonorum pupillarium advocatumque pupillo dare, qui instruere possit Praetoris religionem, an assentire venditioni vel obligationi debeat.

§ 13. Ne tamen título tenus tutores, aere alieno allegato pecunia abutantur, quam mutuam acceperunt, oportebit Praetorem curare, ut pecunia accepta creditoribus solvatur, et de hoc decernere, dareque viatorem, qui ei renuntiet, pecu-

que es necesaria para pagar lo que se debe, no sea que por corta cantidad que se deba, se venda una grande posesión, y si el pupilo tiene otra posesión menor, ó menos útil, más bien debe mandar que se venda esta, y no la mayor y más útil.

§ 11. En primer lugar siempre que se pretende que permita vender, debe nombrar persona que se instruya del patrimonio del pupilo; porque no debe dar demasiado crédito á los tutores y curadores; los cuales algunas veces por causa de su propio interés suelen asegurar al Pretor que hay necesidad de vender ú obligar las posesiones : requiera también á los parientes ó ascendientes, ó algunos libertos fieles del pupilo, ó algún otro que tenga noticia de su patrimonio; y si no hallare á ninguno, ó los que halle fueren sospechosos, debe mandar que se presenten las cuentas, y el inventario de los bienes del pupilo, y nombrarle abogado que pueda instruir al Pretor si debe ó no permitir la venta ó la obligación.

§ 13. Para que los tutores, alegando sólo el título de deuda, no abusen del dinero que recibieron en mutuo, convendrá que el Pretor tenga cuidado de que se pague á los acreedores con el dinero que se recibe, y decretar sobre esto, comisionando

niam istam ad hoc conversam, propter quod desiderata est alienatio vel obligatio.

§ 14. Si aes alienum non interveniat, tutores tamen allegent, expedire haec praedia vendere, et vel alia comparare, vel certe istis carere, videndum est, an Praetor iis debeat permittere; et magis est, ne possit. Praetori enim non liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum, si aes alienum immineat. Proinde et si permiserit aere alieno non allegato, consequenter dicemus, nullam esse venditionem nullumque decretum, non enim passim distrahi iubere Praetori tributum est, sed ita demum, si urgeat aes alienum.

7. § 1. Si pupillus dedit pignori ex permissu Praetoris, nonnulla erit dubitatio, an alienatio possit impediri. Sed dicendum est, posse creditorem ius suum exsequi, tutius tamen fecerit, si prius, Praetorem adierit.

§ 2. Si pater vel parens tutor sit alicui ex liberis, an Praetor adeundus sit, si obligare velit? Et magis est, ut debeat; pronior tamen esse debet Praetor ad consentiendum patri.

§ 4. Quid ergo, si Praetor ita decreverit: vendere obli-

persona que le haga saber que esta cantidad se convirtió en el fin para que se solicitó la enajenación ú obligación.

§ 14. Si no hubiere deudas, pero los tutores alegaren ó dijeren, que conviene vender unos predios, y comprar otros, ó vender algunos, se ha de ver si el Pretor lo deberá permitir; y es más cierto que no; porque al Pretor no se le concede libre facultad para enajenar las cosas de los pupilos, sino en el caso de tener que pagar deudas; por lo cual, si se permitiere sin decir que las había, se dirá consiguientemente que es nula la venta y el decreto; porque no se le concede al Pretor que mande enajenar, sino cuando haya necesidad de pagar.

7. § 1. Si el pupilo diere en prenda con decreto del Pretor; no hay duda que se puede impedir la enajenación; pero se puede decir que el acreedor puede usar de su derecho, y obrará sin embargo, con más seguridad si primero recurriere al Pretor.

§ 2. Si el padre ó el ascendiente fuere tutor de alguno de los hijos, ¿acaso tiene necesidad de recurrir al Pretor si quisiere obligar? Es más cierto que sí; pero el Pretor debe consentir más fácilmente.

§ 4. ¿Qué diremos si el Pretor decretó en esta forma:

gareve permitto, an possit liberum arbitrium habere, qui faciat? Et magis est, ut possit, dummodo sciamus, Praetorem non recte partibus suis functum; debuit enim ipse statuere et eligere, utrum magis obligare, an vendere permittat.

8. Qui neque tutores sunt ipso iure, neque curatores, sed pro tutore negotia gerunt, vel procuratore, eos non posse distrahere res pupillorum vel adolescentium, nulla dubitatio est.

§ 2. An obligari communia possint, quaeritur; sed non puto sine decreto obliganda, nam quod excepit Oratio, ad hoc tantum pertinet, ut perimatur communio, non ut augeatur difficultas communionis.

11. Si praedia minoris viginti quinque annis distrahi desiderentur, causa cognita Praeses provinciae debet id permittere. Idem servari oportet, et si furiosi, vel prodigi vel cuiuscumque alterius praedia curatores velint distrahere.

13. Si fundus sit sterilis, vel saxosus, vel pestilens, videndum est, an alienare eum non possit; et Imperator Antoninus et Divus pater eius in haec verba rescripserunt : Quod allegastis, infructuosum esse fundum, quem vendere vultis, movere

Permito que se venda, ó se obligue? ¿Acaso podrá hacer lo que le parezca? Tengo por más cierto que sí : no obstante sabemos, que el Pretor no usó de sus facultades conforme á derecho; porque debió determinar y elegir, si debía permitir obligar ó vender.

8. No se duda que los que no son tutores ó curadores conforme á derecho, sino que administran como tutores ó curadores, no pueden enajenar las cosas de los pupilos ó los menores.

§ 2. Se pregunta si se podrán obligar las cosas comunes; pero juzgo que no, sin decreto; pues lo que dice la oración pertenece solamente para evitar que la cosa sea común, no para que se aumente el impedimento que resulta de lo que sea.

41. Si se solicitare la venta de los predios del menor de veinticinco años, el Presidente de la provincia la deberá permitir con conocimiento de causa : lo mismo se deberá observar si los curadores quisieren vender los predios del furioso, del pródigo, ó cualquiera otro.

13. Si el fundo es estéril, lleno de piedras ó malas hierbas, se ha de ver si se puede enajenar : El Emperador Antonino y su padre respondieron en este caso. Lo que alegáis de ser infructuoso el fundo que queréis vender, no nos mueve; porque el

nos non potest, quum utique pro fructuum modo pretium inventurus sit.	precio corresponderá á los frutos.

COMENTARIO.

145. Tenemos las siguientes reglas :

1ª No puede el tutor ó curador enajenar, sin autorización judicial, los bienes raíces del pupilo;

2ª Tampoco puede gravarlos con hipoteca, censo ó servidumbre;

3ª Ni enajenar ó empeñar los muebles preciosos ó que tengan valor de afección; y

4ª No puede el juez autorizar esos actos sino por causa de utilidad ó necesidad manifiesta.

146. Ya observamos que si bien la ley no habla, en el art. 391, sino de la administración de los bienes pupilares, la cual no concierne sino á la conservación, cultivo y mejora de los bienes; después se fijan reglas sobre los actos ó contratos que el guardador puede ejecutar ó celebrar fuera de la administración.

Luego, las reglas que facultan al guardador para los actos que no son administrativos, son excepciones á la regla general puntualizada en el art. 391.

Entre los actos que, no relativos á la administración, se permiten al guardador, uno de los más importantes consiste en la enajenación de bienes raíces ó en gravarlos con derechos reales.

Aunque el art. 393 emplea la forma negativa : " No será lícito al tutor ó curador ... ", trátase aquí, no de una prohibición, sino de puntualizar las solemnidades que han de observarse para la enajenación de los bienes raíces del pupilo. Como las reminiscencias de las leyes romanas ejercen todavía grande influencia en los jurisconsultos más despreocupados, en casi todos los Códigos las disposiciones concernientes á la enajenación de los bienes raíces del pupilo se han redactado en la forma negativa; por cuanto la ley romana, que copiamos en las *Concordancias* del art. 10, declaraba nulos actos prohibidos por la ley. Pero, insistimos en ello, el art. 393 no prohibe al guardador vender los

bienes raíces; limítase á prescribir solemnidades habilitantes, esto es, que aun cuando se le autorice para la enajenación de los inmuebles, han de observarse, so pena de nulidad, ciertos requisitos que aseguren la hacienda del pupilo. Tan cierto es que se trata sólo de requisitos, que el art. 394, lejos de expresar que no pueden venderse los bienes sino en subasta, la prescribe en forma imperativa como requisito esencial de la venta de los inmuebles, de los muebles preciosos ó de los que tienen valor de afección.

147. Atendiéndose á la importancia de los bienes raíces, las leyes romanas, que daban tanta amplitud á las atribuciones del guardador, le prescribía que los enajenase observando ciertas solemnidades; lo mismo las leyes españolas, y los requisitos para la enajenación de bienes raíces pupilares, son ahora de jurisprudencia universal.

La palabra enajenación comprende todo título, de dominio, esto es, la venta, la permuta, la donación entre vivos; pero el contexto del artículo evidencia que se trata sólo de la enajenación á título oneroso, esto es, la venta ó permuta de bienes raíces.

Tampoco se permite la constitución de hipoteca, censo ó servidumbre.

La hipoteca es un derecho de prenda; el inmueble queda sujeto al pago de una deuda, y por eso se ha declarado siempre que no es hábil para constituír hipoteca sino la persona que pueda enajenar.

El censo y la servidumbre menoscaban el valor del pupilo para restituírselos oportunamente.

Muebles preciosos son los muebles corporales que tienen elevado precio, como las alhajas, la vajilla de plata ú oro, etc. etc. Muy conveniente que estos bienes se conserven en la familia, porque forman un capital difícil de reemplazarse.

Los bienes muebles tienen valor de afección cuando llevan consigo recuerdos de personas queridas : joyas que se hubieren donado en ciertas circunstancias, retratos de familia, y otras cosas semejantes.

148. Todos estos bienes no pueden enajenarse sino observándose los siguientes requisitos.

1° Prueba de que la enajenación es manifiestamente útil ó necesaria para el pupilo (44); y

2° Autorización judicial, que debe concederse en vista de la prueba que evidencie la manifiesta utilidad ó necesidad de la venta (45).

---

(44) Discútese el artículo 57 (a).

El Cónsul Cambacérès. " Juzgo que ese artículo es demasiado preciso. Hay otros casos en que el interés del menor puede exigir la enajenación de un inmueble ó tomar dinero á mutuo.

" La garantía del menor depende principalmente de la imposibilidad en que se halle el tutor de enajenar ó recibir á mutuo sin haber sido autorizado. "

M. Tronchet. " Recuérdese que las leyes antiguas se limitaban á prohibir la enajenación, fuera de las circunstancias en que era requerida por necesidad absoluta ó utilidad evidente del menor. Comprendíanse así todos los casos.

" Acéptase la redacción propuesta por M. Tronchet. " (Locré VII. 188. 25.)

(45) " El artículo 457 determina los casos en que el tutor puede enajenar los inmuebles del pupilo. Ante todo es necesaria la autorización del consejo de familia. En general la ley se refiere á la prudencia del consejo para precautelar los intereses del pupilo. Cuando se trata de vender inmuebles del pupilo, el legislador determina los casos en que la enajenación se permite... El proyecto del Código enumeraba algunas causas de necesidad absoluta... Se ha suprimido esa enumeración, porque parecía que se limitaban los casos en que la enajenación pudiera efectuarse por necesidad absoluta, cuando el interés mismo del menor exige que no

(a) Le tuteur même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille.

" Cette autorisation ne devra être accordée que pour les objets suivants, savoir :

" Ou le paiement d'une dette onéreuse ou exigible;

" Ou des réparations d'une nécessité urgente;

" Ou le besoin de procurer au mineur une profession ou un établissement avantageux.

" Dans tous ces cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants.

" Le conseil de famille indiquera, dans le même acte, les inmeubles qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles. "

La utilidad consiste en que la inversión del precio es más conveniente que conservar el inmueble. Tiene el pupilo dos ó más predios; todos son extensos; están desprovistos de semovientes, porque el padre, hombre de pésima conducta, no trabajaba los inmuebles, é iba vendiendo los animales para proveer á sus muchas necesidades. ¿Cómo desconocer que le es utilísimo al pupilo vender uno de los inmuebles, y emplear el precio en adquirir todo cuanto se necesite para cultivar bien los otros predios?

La necesidad, en que no pueda evitarse la venta del inmueble, ya porque sería compelido á ello el pupilo, ya porque, á no procederse á la enajenacion, le sobrevendría un gravamen ruinoso. Hereda haciendas el pupilo; una de ellas está hipotecada para asegurar una deuda cuyo capital é intereses absorben casi todo el precio del fundo; es inminente la ejecución que acarrearía gastos y aun descrédito. ¿Cómo pudiera desconocerse la absoluta, imprescindible *necesidad* de vender el inmueble?

Cuando se trata de permuta no puede probarse sino la utilidad; la cual consiste en que la adquisición del nuevo predio es más ventajosa que la conservación del otro. Tiene el pupilo un inmueble situado en paraje distante, le conviene adquirir un predio contiguo á otro que al mismo pupilo pertenece. Salta á la vista que en ese caso le sería al pupilo útil permutar el predio distante con el predio contiguo, y bastaría la prueba de esa circunstancia para que el juez conceda la autorización.

149. Tratándose de la venta misma, la necesidad ó utilidad no proviene sino de la inversión del precio (46). Opi-

---

se limite; valia más atribuir al consejo el apreciar si hay necesidad absoluta ó utilidad evidente. Hubiera utilidad evidente si el pupilo tuviese una deuda por la cual pagara un interés del seis por ciento, cuando los inmuebles no producen sino el dos ó tres... " (Laurent. V. 87.)

(46) " El consejo puede también prescribir que se emplee el precio? Cuando la venta se efectúa por necesidad absoluta, la causa misma por la cual se autoriza indica la inversión del precio. Si es por utilidad evidente, es necesario también que el tutor que propone vender indique la colocación del precio, y el consejo puede y aun debe determinar la inversión como requisito de la

namos, pues, que el magistrado, al conceder la autorización, debe ordenar que el comprador no lo pague sino á personas determinadas, y declarar que á no efectuarse el pago de esa manera, éste no sería válido. De lo cual se deduce que si fuese fundada la causa de la necesidad ó utilidad, el contrato sería válido efectuándose en la forma prescrita por la ley; pero el pago adolecería de nulidad si se contraviniese á lo prescrito por el juez en la resolución que ordene la venta.

No hemos de confundir la venta misma con el pago del precio; y siendo dos actos enteramente distintos, la validez del uno no puede depender de la del otro. Si, por ejemplo, estuviesen hipotecados dos ó más predios del pupilo; y se vendiese el uno para libertarlos todos del gravamen, el juez pudiera declarar que la venta no sólo es útil sino también necesaria, por cuanto va á evitarse un gravísimo perjuicio; y como la utilidad ó necesidad proviene de la inversión, el juez pudiera disponer que el comprador pague el precio al acreedor hipotecario, sin que pueda entregarlo al guardador.

No se diga que en este caso administra el juez los bienes pupilares, ejerciendo atribuciones que la ley no le confiere. La atribución esencial que en este caso ejerce el juez consiste en examinar si la venta es útil ó necesaria; y como la necesidad ó utilidad se desprende, no del acto mismo de

---

venta. Aquí hay una excepción á los principios generales sobre las atribuciones del tutor. En general él es quien coloca los dineros pupilares, y la ley no confiere al consejo de familia el derecho de limitar su libertad de acción cuando se trata del dinero proveniente de la enajenación de un inmueble; la ley da al consejo el derecho de indicar las bases de la venta, y entre ellas se cuenta la colocación. Se ha resuelto, y con razón, que la venta no puede ser útil al pupilo sino cuando el precio no corre riesgo. Luego, si el tutor no constituye hipotecas, es insolvente, el consejo puede y debe decidir, no qué inversión se dará al precio, sino también cómo debe conservarlo hasta que el dinero se invierta. Lo más sencillo es dejar el precio en manos del comprador; pues el pupilo tendrá preferencia. Si el inmueble se vende para dar inversión más útil al capital, el consejo prescribirá todas las seguridades que juzgue convenientes. " (Laurent. V. 87.)

vender, sino de la cancelación de la hipoteca que grava los inmuebles, lógica y jurídicamente se deduce que el juez al examinar si la venta es útil ó necesaria debe dictar providencias conducentes á que la venta corresponda al objeto; pues de otra manera la necesidad ó utilidad hubiera consistido en meras palabras.

No desconocemos que notables expositores del Código de Napoleón opinan que no le es potestativo al juez determinar la inversión que ha de darse al precio. Pero debemos observar :

1° Que las atribuciones que en este caso ejerce el juez según el Código chileno, son muy distintas de las que le confiere el Código francés, porque según éste el juez se limita á confirmar ó revocar la decisión del consejo de familia, que es el llamado á velar en ciertos casos sobre el proceder del guardador, y

2° Que los expositores del Código de Napoleón hablan de la inversión del precio como mero requisito de la venta, y que entonces efectivamente no puede influír en el contrato mismo la inversión del precio, porque, á nuestro ver, el pago es lo que se invalida cuando no se efectúa conforme á la decisión judicial.

No puede resultar de ahí perjuicio alguno al comprador porque la decisión judicial que autoriza la venta se notifica á los compradores, y éstos saben á ciencia cierta que no pueden pagar sino conforme á la sobredicha decisión.

Si el juez no pudiese ejercer la atribución de determinar cómo se ha de hacer el pago, deduciríase que el guardador es libre para disponer del precio, dándole una inversión enteramente distinta, y que la venta de inmuebles valiosos sería absolutamente nugatoria.

Si bien es cierto que el guardador incurriera en gravísima responsabilidad, también lo es que la ley ha querido asegurar la inversión misma del precio, y que á ello conduce la prueba de la necesidad ó utilidad. Sobre todo, más conveniente es al pupilo de cuyo beneficio se trata al prescribirse las solemnidades para la venta de sus bienes raíces, la recta inversión del precio que el hacer efectiva una responsabilidad que en muchos casos no llega á realizarse.

150. Si los bienes situados en Chile pertenecen á un pu-

pilo extranjero, ¿debe efectuarse la venta conforme á las leyes chilenas?

Parece que es necesario distinguir algunos casos :

1° Si el pupilo extranjero reside en Chile donde desempeña su cargo el tutor ó curador, la guarda misma se administra conforme á las leyes chilenas; pues si bien según el Derecho internacional privado los extranjeros se sujetan á las leyes personales que rigen, ya en su domicilio, ya en su nación (47); eso no se aplica en Chile, donde la ley

---

(47) " En cuanto concierne á los inmuebles situados en Francia pertenecientes á menores extranjeros, ó á los inmuebles situados en nación extranjera pertenecientes á menores franceses residentes en Francia, son necesarias algunas distinciones.

" Es menester ante todo distinguir entre los preceptos conducentes á la posibilidad de la venta, y que se llaman solemnidades *habilitantes*, y los que determinan cómo debe efectuarse la venta misma, y que se llaman solemnidades *extrínsecas*.

" Las solemnidades habilitantes, como la intervención del consejo de familia y la homologación del tribunal, se rigen por la ley nacional del incapaz.

" Luego, para proceder á la venta de inmuebles que, pertenecientes á un pupilo extranjero, están situados en Francia, basta que el tutor haya cumplido las disposiciones de la respectiva ley extranjera, aun cuando esas disposiciones difieran de las prescritas por la ley francesa, y, por ejemplo, no exigiesen la intervención de un consejo de familia.

" Se ha sostenido, es verdad, que aplicándose el art. 3°, era necesario observar en este caso la ley francesa; pero esta opinión se funda en una confusión manifiesta entre el estatuto personal y el estatuto real.

" Si se tratase, al contrario, de inmuebles que, pertenecientes á menores franceses, estén situados en nación extranjera, los tribunales franceses podrían ordenar la venta disponiendo se homologue el acuerdo del consejo de familia, y enviándolo al tribunal del lugar donde estén situados los inmuebles, para que se proceda conforme á las disposiciones de la ley local.

" Recíprocamente, si un tutor extranjero ha obtenido una decisión que le autoriza para la venta de ciertos bienes situados en Francia, podrá procederse á esa venta en la forma prescrita por la ley francesa, siempre que la decisión de que se trata lleve el *exequatur*.

" Las formalidades extrínsecas, según la opinión general, se rigen por la *lex rei sitae*. " (Huc. 111. 431.)

" La ley de la nación donde se administra la tutela, debe apli-

obliga á todos los habitantes de la República, comprendiéndose los extranjeros. Cuando hay ley expresa, los

---

carse sólo en lo que concierna al procedimiento y á las solemnidades requeridas para la validez de un acto ejecutado por un administrador extranjero, porque esos actos están sujetos á las reglas *locus regit actum*. Pero conviene advertir que hablamos sólo de las solemnidades extrínsecas, mas no las sustanciales que se requieran para la validez de un acto ejecutado por un administrador extranjero, y que se sujetan al imperio de la ley personal.

" Como, por ejemplo, de la homologación del tribunal, necesaria según ciertas leyes para la validez de la enajenación, de la prenda ó la hipoteca de los bienes del pupilo. No se puede en realidad sostener que la ley que dispone la homologación del tribunal ú otras solemnidades semejantes para la validez de la enajenación de los inmuebles de un incapaz sea una ley real inmueble, y que forme parte del estatuto real. Tampoco puede sostenerse que concierna á la forma extrínseca, la cual se sujeta á la regla *locus regit actum*. Ella se comprende entre las medidas de protección establecidas en interés de la persona incapaz, y debe regirse como tal por el estatuto personal de la misma y no por la *lex rei sitae*.

" Estos principios deben aplicarse á todos los actos de gestión comprendidos entre los requisitos para la conservación de un inmueble perteneciente á un pupilo extranjero.

" Supongamos, por ejemplo, que durante la tutela de un menor español sea necesario celebrar un contrato de mutuo y constituir hipoteca en el inmueble perteneciente al pupilo, para proveer á las reparaciones extraordinarias indispensables.

" A primera vista parece que habiendo el legislador italiano dispuesto que los inmuebles estén sujetos á las leyes del lugar donde estén situados, y tratándose de reparaciones extraordinarias de un inmueble y de constituir al intento la hipoteca, debe aplicarse nuestra ley que determina cómo debe celebrarse el contrato de mutuo y por quién debe ser autorizado. Podría aun juzgarse indispensable la autorización del consejo de familia requerida por el artículo 296 del Código civil.

" Debe considerarse, empero, que la controversia por su naturaleza concierne al ejercicio de la tutela, y que así como éste debe regirse por la ley personal del menor, la misma debe decidir cómo se ha de autorizar para el contrato de mutuo ó de hipoteca. El derecho español no admite la organización del consejo de familia como está instituido según la ley italiana; considera como supremo protector de los menores el tribunal, como en Inglaterra el alto oficio atribuido á la Corte de cancillería. Sería, pues, indispensable que el tutor ó curador, según los casos,

jueces deben aplicarla, porque sólo á falta de ley son obligatorios los principios del Derecho internacional privado. Síguese, pues, que si el pupilo reside en Chile, y ante los tribunales se solicita la autorización para enajenar los bienes raíces, deben observarse las solemnidades prescritas en los arts. 393 y 394, sin que puedan influír ni en lo más mínimo las leyes del Estado donde tenga su domicilio ó nacionalidad el pupilo cuyos bienes van á enajenarse;

2° Si el pupilo reside y está domiciliado en nación extranjera, pueden ocurrir dos casos:

a) Que se haya ordenado la venta por los jueces del lugar donde el guardador administra la tutela ó curaduría; y

b) Que se trate sólo de poner en ejecución la venta efectuada en Estado extranjero.

a) Si se venden en Chile los bienes en virtud de resolución judicial expedida en la nación donde tiene su domicilio el pupilo, los jueces chilenos deberían dar cumplimiento á la resolución, porque no habiendo, como no hay, ley en contrario, es aplicable el Derecho internacional privado, según el cual la resolución dictada en Estado extranjero debe cumplirse en Chile.

En cuanto á la forma sí se observaría la prescrita en el mismo art. 394, esto es, debiera efectuarse en subasta, porque los tribunales de Chile no reconocen otra forma para la venta de bienes pupilares.

b) Si se trata de poner en ejecución la venta de bienes pupilares, debe cumplirse en Chile en virtud del art. 16 del Código civil, según el cual aun cuando los bienes situados en Chile estén sujetos á las leyes chilenas, no obsta ello á que pueda disponerse de los mismos conforme á las leyes de la nación donde el contrato se hubiere celebrado.

Debiera examinarse exclusivamente si la venta consta de instrumento público otorgado conforme á las leyes donde se ajustó el contrato; pues aunque ahí fuera válida por instrumento privado, este no surtiera efecto conforme al art. 13.

---

obtenga previamente la autorización del tribunal según la ley personal del pupilo. " (Fiore. 1. 471. 472).

Efectuada la venta por escritura pública extendida en nación extranjera, no transferiría la posesión ni el dominio sino inscribiéndose el título en el registro correspondiente. En lo demás las leyes chilenas son del todo extrañas à la validez ó nulidad del contrato.

No se diga que la ley prescribe en este caso solemnidades especiales para la venta de bienes raices; pues ellas se prescriben, no atendiéndose á los bienes mismos, sino porque pertenecen al pupilo. Luego, las leyes son concernientes á la capacidad de las personas, y sólo se trata de las solemnidades habilitantes.

151. Pasemos á tratar de la nulidad proveniente de la omisión de los requisitos puntualizados para la venta de bienes raíces de pupilos.

No faltan jurisconsultos según los cuales la nulidad proviene de que el contrato es *prohibido*, y conforme al art. 1466 del Código hay un objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley.

Evidentísimo es, á nuestro ver, que la omisión de las solemnidades no acarrea sino nulidad relativa.

La prohibición no atañe al contrato mismo, sino á las solemnidades : no podrá procederse á la venta de los bienes raíces del pupilo sino en virtud de autorización judicial, equivale á decir: A la venta de los bienes del menor precederá autorización judicial.

Ya observamos que el art. 394 dispone, además, que la venta se efectúe en subasta, y nada significa que el requisito se prescriba en forma prohibitiva ó preceptiva; pues el legislador manifiesta la intención evidentísima de proteger al pupilo mediante la observancia de requisitos conducentes, bien á que su patrimonio se conserve, bien á que los inmuebles no se enajenen sino cuando ello sea útil y necesario, bien á que en la venta misma se aleje toda connivencia perjudicial al pupilo, y se efectúe por el mayor precio posible.

El contrato es prohibido cuando nadie puede celebrarlo, sea capaz ó incapaz. Los guardadores, las mujeres casadas, las personas jurídicas no pueden contratar en ciertos casos sino observando las solemnidades por la ley puntualizadas; lo cual constituye una incapacidad, ya relativa, ya particular. Al paso que cuando el contrato mismo

es prohibido por la ley, nadie puede celebrarlo, como la venta de todos los bienes, la sociedad de ganancias y pérdidas á título universal... Estos son los contratos prohibidos á que se refiere el art. 1466. Tan cierto es que la prohibición no se refiere sino al pupilo mismo, representado por el guardador, que la víspera del día en que el pupilo cumpla veinticinco años, sus bienes raíces no pueden enajenarse sino observándose las solemnidades prescritas por los arts. 393 y 394; y al día siguiente los mismos bienes pueden venderse sin otros requisitos que los necesarios para todos los bienes raíces en general. ¿Por qué esa diferencia? Porque ayer el pupilo necesitaba la protección de la ley, y hoy puede disponer libremente de su patrimonio, y todos sus bienes se comprenden en la regla general. Casi todas las incapacidades se establecen en forma prohibitiva, sin que acarree ello nulidad absoluta, sino cuando lo es la incapacidad. Así, por ejemplo, dice el art. 137 que la mujer casada *no puede* celebrar contrato alguno sin autorización del marido. ¿Deduciríase de ahí que todo contrato celebrado por la mujer casada adolece de nulidad absoluta? No puede de deducirse, porque el mismo legislador expresa claramente que el marido puede ratificar los contratos que sin su autorización hubiere celebrado la mujer; y nadie ignora que la nulidad absoluta no es susceptible de sanearse por la ratificación.

152. Controviértese también con frecuencia otro punto tan importante como trascendental, á saber, si concedida autorización de juez para la venta de los bienes raíces del pupilo, ésta es irrevocablemente válida, aun cuando no hubiere sido en realidad útil ó necesaria.

Hemos observado que si bien el Código chileno encierra infinidad de disposiciones relativas á la administración de los bienes pupilares, es deficiente en cuanto á la protección que se concede á los pupilos. En Francia la intervención del consejo de familia es un medio eficacísimo para impedir que se proceda de ligero cuando se trata de asuntos trascendentales para el pupilo. Complícanse las fórmulas en Chile y en el Ecuador; pero no se excogitan los medios de impedir que el pupilo sea perjudicado; y mientras más importante es el contrato, menos eficaces son las fórmulas legales.

Obsérvase la práctica de que el guardador se presenta al juez, solicitando se reciba información sobre si la venta de los inmuebles es útil ó necesaria; dos ó más testigos, que casi siempre están de acuerdo con el vendedor y el comprador, contestan afirmativamente á cuantas preguntas se les hace, y el juez autoriza la venta.

Debe notarse que no sería admisible la prueba testimonial cuando se trata de enajenar inmuebles porque están gravados con hipoteca, ó porque los pupilos deben cuantiosas sumas de dinero y no cuentan con capitales para el pago. La única prueba en este caso sería la escritura pública en que conste la hipoteca, ó los documentos concernientes á la deuda, como el inventario practicado cuando al guardador se le discernió el cargo.

Pero tratemos ya del punto principal, esto es, si la sentencia que autoriza la enajenación de los bienes de menores pasa en autoridad de cosa juzgada; de manera que aun cuando la venta no hubiere sido útil ni necesaria, el pupilo no tiene reclamación alguna contra los que indebidamente se han apropiado de sus bienes.

La ley establece todos los requisitos que han de concurrir cuando se enajenen los inmuebles :

1° La necesidad ó utilidad de la venta ;

2° La autorización judicial; y

3° La subasta.

Estos tres requisitos deben concurrir para la validez de la venta. Aunque el juez autorice, la venta es nula si no ha sido útil ó necesaria, y aunque sea útil ó necesaria y la autorice el juez, también fuera nula á no efectuarse en subasta.

Tan cierto es que la autorización judicial es un mero trámite, que hay legislaciones, como la francesa, que dan al consejo de familia la facultad de resolver si la venta es útil ó necesaria, y el tribunal, que en estos casos no interviene sino para examinar el acuerdo del consejo de familia, no puede modificarlo en el sentido de que se enajenen otros bienes que los determinados por aquel consejo.

La dificultad de organizar en Chile y en el Ecuador el consejo de familia ha influído en que sea más frecuente la intervención del juez en todo cuanto concierna á las tutelas y curadurías; pero esa intervención no subsana la

omisión de los requisitos que la ley prescribe para la validez de los actos ó contratos ejecutados ó celebrados por el guardador representando al pupilo.

Hemos visto ya, al comentar el art. 392, que cuando el testador designa un consultor cuyo parecer debe oír el guardador, si hay discordia entre éste y el consultor, debe dirimirla el juez. El juez expide un fallo dirimiendo la controversia, ordena que se celebre el contrato en tal ó cual sentido. ¿Diríamos que esa decisión judicial pasa en autoridad de cosa juzgada, y que el contrato no se viciaría á causa del error, culpa ó dolo que anulara todos los demás contratos? Nadie pudiera afirmarlo en veras.

El art. 402 da suficiente luz sobre el sistema en cuanto á los efectos que surte la autorización judicial: " Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto judicial ". Supóngase que violándose abiertamente la ley el juez autoriza al guardador para que done inmuebles pertenecientes al pupilo. ¿Pasaría en autoridad de cosa juzgada la decisión judicial; de manera que no pueda nunca ponerse en tela de juicio la validez de la donación? Esa donación autorizada por el juez es válida ó nula. Si válida, venimos á la consecuencia absurda de que el art. 402 no surte ningún efecto, porque si el juez lo viola deja subsistente la donación que la ley prohibe. Y si la donación es nula, síguese que la sentencia que la autorizó no pasa en autoridad de cosa juzgada; que por lo mismo todas las sentencias referentes á la autorización se asimilan á las expedidas cuando se autoriza la donación de bienes raíces, y que la intervención judicial no es sino una de las solemnidades habilitantes.

La prohibición contenida en el art. 402 es idéntica á la puntualizada en el art. 393, porque la ley prohibe al juez autorizar la venta ó hipoteca sino por utilidad ó necesidad. Puede faltar la utilidad ó necesidad en dos casos: cuando el juez hubiere incurrido en error al calificar las pruebas sobre la necesidad ó utilidad; y cuando conste efectivamente esa necesidad ó utilidad; pero no son ciertos los hechos á que las pruebas se refieren.

Si se ha equivocado el juez al apreciar las pruebas, contraviénese á la prohibición de autorizar sólo en caso de necesidad ó utilidad manifiesta, y esa prohibición, lo

repetimos, es idéntica á la que se refiere á la donación de bienes raíces.

Si hubiere habido colusión entre el guardador y el comprador para rendir pruebas falsas, el pésimo proceder de las partes no pudiera en ningún caso influír en la validez de la venta, porque el juez fue inducido en error, y la prueba, aun juzgada favorablemente, equivale á no rendida.

Este punto es importantísimo, porque ocurre todos los días, y porque se opina generalmente que los compradores de bienes raíces del pupilo tienen plena seguridad con la resolución judicial que habilita al guardador para proceder á la venta.

Art. 394. La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo enumerados en los artículos anteriores, se hará en pública subasta (*).

REFERENCIAS.

Venta. 1793. 1801.
Pupilo. 246.
Todo el artículo. 412.

CONCORDANCIAS

P. de B. 434. La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo se hará en pública subasta.
C. E. 384.

C. de N. 459. La vente se fera publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux	459. La venta se hará públicamente y en subasta, con intervención del protutor,

(*) Locré. VII. 140. art. 58-165. art. 59-189. 27. — Demolombe. VII. 731. 732. 737. — Zachariae (M. V.) I. § 221. — Zachariae (A. R.) I. § 113. — Demante. II. 216. — Huc. III. 428. 429. — Berriat-Saint-Prix. I. 1600. 1603. — Gutiérrez. P. II. c. V. 5. — Molina. Tract. II. CCXXIV. 21. — Gómez (V. R.) II. XIV. 13. — Gutiérrez (B.) I. p. 824. (§ VI).

enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le canton.

Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par le maire des communes où elles auront été apposées.

ante uno de los miembros del tribunal civil ó de un notario á ello comisionado, y después de tres carteles fijados, por tres domingos consecutivos, en los lugares acostumbrados en la población.

Cada uno de estos carteles será visado y autorizado por el *maire* de las comunas donde se hubieren fijado.

C. Arg. 441. Los bienes muebles é inmuebles no podrán ser vendidos sino en remate público; excepto cuando los primeros sean de poco valor, y haya quien ofrezca un precio razonable por la totalidad de ellos, á juicio del tutor y del juez.

442. El juez puede dispensar que la venta de muebles é inmuebles se haga en remate público, cuando á su juicio la venta extrajudicial sea mas ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, ó porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasacion.

P. de G. 232. Cuando el tribunal confirme la autorizacion del consejo de familia, se procederá á la venta en subasta pública y judicial.

234. En todas las diligencias y actuaciones de la subasta y venta serán parte el tutor y el ministerio fiscal.

C. C. 484. La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo, enumerados en los artículos anteriores, se hará en pública subasta...

C. P. 346. (Véanse las *Concordancias* del art. 393.)

C. M. 518. La venta de bienes raíces del menor es nula si no se hace en subasta pública y judicial. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el juez decidirá si conviene ó no la almoneda, pudiendo dispensarla acreditada la utilidad del menor.

C. de la L. 336. (Véanse las *Concordancias* del art. 393.)

337. Los bienes de menores no podrán venderse por menos del precio de tasación del inventario, y si no suben á ese precio, deberán pregonarse de nuevo con las mismas solemnidades antes prescritas, hasta que él se obtenga; salvo que el juez, oído el dictamen del consejo de familia, extienda el plazo concedido al crédito, y dé otras facilidades

que puedan procurar una pronta y ventajosa venta de los bienes, ó aun proceder á la retasa si conocen que la venta no puede efectuarse por la tasación ya hecha.

C. Esp. 272. Cuando se trate de bienes inmuebles, de derechos inscribibles, ó de alhajas ó muebles cuyo valor exceda de cuatro mil pesetas, la enajenación se hará en pública subasta con intervención del tutor ó protutor.

Los valores bursátiles, así los públicos como los mercantiles ó industriales, serán vendidos por agentes de Bolsa ó corredor de comercio.

C. A. 232. (Véanse las *Concordancias* del art. 393.)

P. III. XVIII. 60. Porque las cosas de los huerfanos, que son rayz non se pueden ligeramente enagenar, fueras ende por debda, o por grand pro de los huerfanos, assi como mostramos en el Titulo que fabla dellos; e aun estonce deuese fazer con otorgamiento del Juez del lugar andando la cosa publicamente en almoneda treinta dias; por ende queremos mostrar, en que manera deue ser fecha la carta de tal vendida, porque el comprador pueda ser seguro de lo que comprare, e el Guardador del huerfano se guarde de yerro : e dezimos que deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Fulano, Guardador de Fulano huerfano, delante de tal Judgador mostro, como este huerfano deuia tantos marauedis a Fulano, assi como parecio por vna carta publica fecha por mano de tal Escrituano. E porque el menor non pudiesse caer en daño (porque lo graua aquella debda); e ouiesse a pechar pena que fuesse puesta sobre ella a plazo sabido; o porque gela demandauan muy afincadamente, ouo menester de vender tal casa, o tal viña que anduuo en almoneda treinta dias; assi como se muestra por la carta que fue fecha en razon del almoneda. E por ende el Guardador del susodicho, con otorgamiento e con mandado del Juez, vende tal casa, o tal heredad, en nome del huerfano que tiene en guarda, a tal ome recibiente por si, e por sus herederos, por juro de heredad por siempre jamas, la qual casa es en tal lugar, e a tales linderos. E dende adelante deue escreuir todas las cosas que de suso diximos en la primera carta, que muestra como deuen fazer la carta de la vendida. Pero en el lugar, o fabla del precio porque es vendida la cosa, deue dezir assi : que la vende el Guardador del huerfano por precio de tantos mareuedis que fue pagado al Guardador delante el Escriuano, e de los testigos que son escritos en la carta. E otrosi el Guardador luego delante dellos mismos fizo pa-

gamiento de la debda que el huerfano deuia, a aquel que la auia de recebir : e otorgose por pagado della, dandole, e entregandole la carta cancelada del debdo que hauia sobre el huerfano. Otrosi deue dezir en la carta, en el lugar do dize que el vendedor obliga sus bienes e los de sus herederos al comprador, que obliga los del huerfano e de sus heredores e non los del Guardador, nin de los suyos. E sobre todo deue dezir en fin de la carta, como el Judgador, vista la carta en que fuera este atal dado por Guardador del huerfano, e otrosi la del debdor que deuia, a todas estas cosas, que sobredichas son, dio su otorgamiento.

COMENTARIO.

153. Clarísima es la disposición.

Primeramente, no se refiere sino á la venta. De manera que el guardador puede proceder á la *permuta* sin otras solemnidades que la autorización judicial mediante la prueba de los hechos verdaderos relativos á la utilidad (48).

Salta á la vista que la subasta conduce á evitar la colusión entre el vendedor y el comprador, y á conseguir que se obtenga de los inmuebles el mayor precio posible.

Las leyes adjetivas determinan los requisitos que han de preceder á la subasta : avalúo de los bienes por peritos idóneos, pregones, carteles fijados en lugares públicos, etc. etc.

---

(48) " Opinamos que la permuta de un inmueble perteneciente al menor, pudiera efectuarse por el tutor, previa autorización del consejo de familia y homologación del tribunal.

" No ignoramos que la doctrina contraria tiene partidarios.

" Pero esta doctrina podria ser muy perjudicial; porque se opondria á una permuta muy útil para el menor, y que constituyera un acto de muy inteligente y muy útil gestión.

" Así, se juzgaba generalmente en lo antiguo que el tutor podia consentir en la permuta previa autorización judicial, oídos los parientes del pupilo. " (Demolombe. VII. 737.)

Art. 395. No obstante la disposicion del art. 393, si hubiere precedido decreto de ejecución i embargo sobre los bienes raices del pupilo, no será necesario nuevo decreto para su enajenacion.

Tampoco será necesario decreto judicial para la constitucion de una hipoteca, censo o servidumbre, sobre bienes raices que se han trasferido al pupilo con la carga de constituir dicha hipoteca, censo o servidumbre (*).

REFERENCIAS.

Bienes raíces. 567.
Pupilo. 346.
Hipoteca. 2047.
Censo. 2022.
Servidumbre. 817.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 435. No obstante las disposiciones del artículo 432, si hubiere precedido decreto de ejecucion i embargo sobre los bienes raices del pupilo, no será necesario nuevo decreto para su enajenacion; pero el derecho del acreedor se ejercerá previamente sobre los bienes muebles del pupilo, manifestados por el tutor o curador principiando por los que no fueren preciosos ni tuvieren valor de afeccion (a).

436. No obstante la disposicion del artículo 432, no será necesario decreto judicial para la constitucion de una hipoteca, censo o servidumbre, sobre bienes raices que se han transferido al pupilo con la carga de constituir dicha hipoteca, censo o servidumbre.

(*) Pothier. Des Personnes. 171. 172.—Locré. VII. 140. art. 59-165. art. 60-226. 28.—Locré (E.) V. p. 221-223.—Laurent. V. 91. 92.—Zachariae (A.R.) I. § 113. VIII. § 778. n. 4º.—Dalloz. Minorité. 546. 547.—Huc. III. 433-435.

(a) No obstante la disposicion del artículo 432, si hubiere precedido decreto de ejecucion i embargo sobre los bienes raices del pupilo, no será necesario nuevo decreto para su enajenacion; pero el derecho del acreedor se ejercerá previamente sobre los bienes muebles del pupilo, manifestados por el tutor o curador, principiando por los que no fueren preciosos ni tuvieren valor de afeccion. (Art. 435 del Proyecto Inédito.)

C. E. 395.

C. de N. 460. Les formalités exigées par les articles 457 et 458, pour l'aliénation des biens du mineur, ne s'appliquent point au cas ou un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d'un copropriétaire par indivis.

Seulement, et en ce cas, la licitation ne pourra se faire que dans la forme prescrite par l'article précédent : les étrangers y seront nécessairement admis.

2206. Les immeubles d'un mineur, même émancipé, ou d'un interdit, ne peuvent être mis en vente avant la discussion du mobilier.

2207. La discussion du mobilier n'est pas requise avant l'expropriation des immeubles possédés par indivis entre un majeur et un mineur ou interdit, si la dette leur est commune, ni dans le cas où les poursuites ont été commencées contre un majeur, ou avant l'interdiction.

460. Las solemnidades exigidas por los artículos 457 y 458 para la enajenación de los bienes del menor, no se aplican al caso en que una sentencia hubiere ordenado la licitación á solicitud de un copropietario pro indiviso.

En tal caso, empero, la licitación no podrá efectuarse sino en la forma prescrita en los artículos precedentes, y se admitirán necesariamente licitadores extraños.

2206. Los inmuebles de un menor, aun emancipado, ó de un interdicto, no pueden venderse antes de la discusión de los muebles.

2207. La discusión de los muebles no se requiere antes de la expropiación de los inmuebles poseídos pro-indiviso entre una mayor y un menor ó interdicto, si la deuda es común de ellos, ni en caso que las gestiones judiciales hubieren comenzado contra un mayor ó antes de la interdicción.

C. Arg. 439. No será necesaria autorización alguna del juez, cuando la enajenacion de los bienes de los pupilos fuése motivada por ejecucion de sentencia, ó por exigencia del co-propietario de bienes indivisos con los pupilos, ó cuando fuese necesario hacerla á causa de espropiación por utilidad pública.

P. de G. 233. La autorización del consejo de familia no será necesaria, cuando la enajenacion se haga á virtud de providencia judicial y de derecho anterior de tercero, o por expropiacion forzosa.

C. C. 484.....

No obstante la disposición del artículo 483, si hubiere precedido decreto de ejecución y embargo sobre bienes raíces del pupilo, no será necesario nuevo decreto para su enajenación.

Tampoco será necesario decreto judicial para la constitución de una hipoteca ó servidumbre, sobre bienes raíces que se han transferido al pupilo con la carga de constituír dicha hipoteca ó servidumbre.

D. XXVII. IX. 3. Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere his, cuius pecunia fundus sit emtus? Et magis est, ut salvum sit ius pignoris secundum Constitutionem Imperatoris nostri et Divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus.

§ 1. Pignori autem capi iussu magistratus vel Praesidis, vel alterius potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest. Sed in possessionem mitti rerum pupillarium a Praetore quis potest, et ius pignoris contrahitur, sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti; ut procedat, iuberi etiam possideri poterit; haec enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate it fit, sed ex magistratum auctoritate.

§ 2. Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris, nec restituantur;

3. Si con el dinero de un pupilo se comprare algún fundo para otro pupilo, y este fundo se entrega al pupilo ó al menor, ¿acaso podrá adquirir la obligación de prenda aquel con cuyo dinero se compró el fundo? Es más cierto que según la Constitución de nuestro Emperador y de su padre, al pupilo con cuyo dinero se compró el fundo, le queda libre el derecho de prenda.

§ 1. Por mandato del Magistrado, del Presidente, ó de otra potestad, se podrá tomar la prenda, y venderse el fundo del pupilo : también podrá poner á otro el Presidente en posesión de las cosas del pupilo, y se contrae derecho de prenda, ya sea por causa de conservar los legados, ó por el daño que amenaza el edificio, para pasar á mandar á poseer. Estas obligaciones ó enajenaciones tienen lugar, porque son no por voluntad del tutor ó curador, sino por autoridad de los Magistrados.

§ 2. También se puede dudar si en el caso de que el fundo del pupilo se pidiere

ac litis aestimatio oblata alienationem pariat; et magis est, ut pariat, haec enim alienatio non sponte tutorem fit.

por el tutor, y no se restituye, tendrá lugar la enajenación, ofreciendo la estimación de él : y es más cierto que sí, porque esta enajenación no se hizo con la voluntad de los tutores.

COMENTARIO.

154. I. No es necesaria la autorización judicial para la venta de bienes raíces de menores, si hubiere precedido providencia sobre ejecución y embargo de los propios bienes.

Evidentísimo es que las disposiciones del art. 393 no se refieren sino á la venta voluntaria de los bienes; pues si la venta es obligatoria, la calidad de pupilo no puede obstar á que el acreedor haga efectivos sus derechos (49).

---

(49) " Nuestro principio de que las atribuciones del tutor no se extienden á enajenar los bienes raíces del pupilo, no comprende sino las enajenaciones voluntarias, porque las necesarias atañen á la administración de la tutela...

" Siguese de ahí que cuando el pupilo es propietario *pro indiviso* de algún inmueble, bien por herencia, bien por cualquiera otra causa, el tutor no puede demandar á los coherederos ó propietarios del pupilo, la partición definitiva ni la licitación, pues la partición ó licitación envuelve enajenación voluntaria de parte de quien la solicita, porque sólo de él dependía no efectuarla. Pero el tutor del pupilo puede ser demandado por cualquiera de los coherederos ó copropietarios del pupilo; y esta partición ó licitación, efectuada á solicitud del mayor, será válida; porque la enajenación consecuencia de la partición ó enajenación es enajenación necesaria en cuanto al tutor y no traspasa los limites de los actos administrativos.

" Siguese también de nuestro principio que los acreedores de un menor pueden embargar realmente y vender las heredades del menor porque es una enajenación necesaria.

" El tutor amenazado de embargo, no puede vender voluntariamente algunas heredades del menor, para satisfacer á los acreedores, y evitar los enormes gastos del embargo.

" Pero si no se puede evitar el embargo ni pagar las deudas con las rentas del pupilo, el tutor debe convocará la familia ante

Los bienes de los pupilos se hallan en este sentido en el mismo caso que los de cualquier otro deudor. " Toda obligación personal ", dice el art. 2463, " da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes muebles ó raíces del deudor, sean presentes ó futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el art. 1618. " Si el pupilo hubiere contraído obligaciones, ya como heredero, ya en virtud de contrados válidamente celebrados por el guardador, quedan obligatos todos sus bienes; el acreedor tiene perfecto derecho para exigir el cumplimiento de las obligaciones, y, pronunciada sentencia que le condena al pago, puede procederse al embargo y subasta de los bienes raíces del pupilo.

Cuando hablamos de la capacidad de la mujer casada, distinguimos entre la capacidad de obligarse. Sólo la persona que tiene la libre disposición de sus bienes es capaz para enajenarlos, y el mero administrador tiene, dentro de los límites prescritos por la ley, capacidad de obligarse, la cual lleva consigo la de constituír la prenda legal en beneficio de todos los acreedores.

Cierto que no deja de ser peligrosa la capacidad de obligarse; la cual envuelve, lo repetimos, la de sujetar al cumplimiento de la obligación todos los bienes del deudor. Pero mayores serían los inconvenientes del sistema contrario, pues si el guardador no fuera hábil para constituír en beneficio de los acreedores del pupilo la prenda legal que los asegure, nadie contrataría con el guardador, y el pupilo sería á manera de las personas á quienes la ley romana privaba del agua y del fuego. Por ejemplo, para la buena administración de los predios del pupilo conviene tomar en arrendamiento predios vecinos; el guardador los recibe; sobrevienen sucesos inevitables que han impedido al guardador satisfacer las pensiones; condénasele al pago, y después del juicio ordinario se sustancia el ejecutivo. Evidentísimo que hubiera perfecto derecho para exigir el embargo y venta de los inmuebles del pupilo; y entonces,

---

el juez, de quien obtendrá autorización para vender ciertas heredades del menor y satisfacer las deudas. " (Pothier. Personnes 171. 172.)

aplicándose el artículo que comentamos, no fuera necesaria la autorización judicial para proceder á la subasta. Si el guardador ha disipado las rentas, si por negligencia no han producido los bienes que se recibieron en arrendamiento, él y sus fiadores son responsables para con el pupilo, mas el acreedor puede exigir que se proceda inmediatamente al embargo y venta de los bienes.

Las leyes adjetivas pueden suplir la omisión con disposiciones análogas á las de los arts. 2206 y 2207 del Código de Napoleón (copiados en las *Concordancias*), esto es, que antes de procederse al embargo de los bienes raíces se efectúe la excusión de los bienes muebles (50). Desde las primeras leyes de procedimiento expedidas en el Ecuador se ha determinado el orden en que se efectúa el embargo

---

(50) " Las reglas que acaban de exponerse " (en los artículos 457, 458 y 429) " no se aplican sino cuando la enajenación dependería solo del propietario si fuese mayor; pero no todas conservan su fuerza cuando la enajenación depende de la voluntad de terceros, á causa de los derechos que tienen en los bienes.

" Esos derechos son los que nacen ó de un crédito ó de una copropiedad indivisa.

" La acción del acreedor cuya hipoteca grava bienes que se trasmiten al menor, no se altera por esas circunstancias.

" Lo mismo sucede en cuanto al copropietario pro-indiviso : no esta obligado á permanecer en la indivisión, y la incapacidad de su copropietario no modifica ese derecho.

" Como la enajenación es entonces forzada, no hay necesidad de una autorización que no puede denegarse, y que sería una fórmula nugatoria. Por eso el artículo 460 dispensa de ella cuando el mayor copropietario pide la licitación; y el derecho común establece lo mismo cuando el acreedor exige la venta forzada de los bienes pertenecientes al deudor pupilo.

" Pero aún entonces el legislador hace en beneficio del pupilo todo cuanto sea compatible con los derechos de terceros.

" Por una parte, ordena que el acreedor de un pupilo no pueda hacer vender los inmuebles del menor sino después de dimitir los bienes muebles.

Por otra, exige que la licitación pedida por el copropietario indiviso no pueda efectuarse sino cuando es ordenada por sentencia, y se proceda á ella en la forma prescrita en el artículo 459 para la enajenación autorizada por el consejo de familia. " (Locré. (E). V. p. 221.)

de los bienes del ejecutado : en primer lugar el dinero, en segundo los bienes muebles, por último los raíces.

Cuando se trate de la ejecución contra el pupilo conviniera, si no se han dimitido bienes muebles, se oyese á los parientes y aun al ministerio público sobre la falta de tales bienes, y que, sólo cuando la haya, se proceda al embargo y subasta de los bienes raíces.

155. II. Tampoco hay necesidad de fallo judicial para la constitución de hipeteca, censo ó servidumbre en bienes raíces cuyo dominio se ha transferido al pupilo con la carga de constituír dicha hipoteca, censo ó servidumbre.

Si la hipoteca, censo ó servidumbre se ha estipulado en la partición de los bienes, la ley emplea las precauciones conducentes á que la partición no perjudique al pupilo.

Si la obligación de gravar los predios con hipoteca, censo ó servidumbre es una de las estipulaciones del contrato, tal obligación debe cumplirse; pues como la ley autoriza al guardador para adquirir bienes raíces, autoriza también para estipular todo cuanto conduzca á la adquisición.

Art. 396. Sin previo decreto judicial no podrá el tutor o curador proceder a la division de bienes raices o hereditarios que el pupilo posea con otros *proindiviso*.

Si el juez, a peticion de un comunero o coheredero, hubiere decretado la division, no será necesario nuevo decreto (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Bienes raíces. 568.
Hereditarios. 955.
Pupilo. 346.
Posea. 700.

(*) Locré. VII. art. 62-207. art. 76.—Locré (E). art. 465.—Pothier. IX. p. 65. 66.—Laurent. V. 66. 74-78.—Demolombe. VII. 681. 682. 720. 722. 723.—Zachariae (M. V.) I. § 221. 222.—Zachariae (A. R.) I. § 113.—Duranton. III. 585. 586.

El inciso 1°. 1322.
El inciso 2°. 1317. 2313.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 437. Sin previo decreto judicial no podrá el tutor o curador provocar la division de bienes raíces ó de herencia que el pupilo posea con otros *proindiviso*.

Si el juez a petición de un comunero o coheredero hubiere decretado la division, no será necesario nuevo decreto (a).

C. E. 386. Sin previa orden judicial no podrá el tutor ó curador proceder á la división de bienes raíces ó hereditarios que el pupilo posea con otros, por indiviso.

Si el juez, á petición de un comunero ó coheredero, hubiere decretado la división, no será necesaria nueva orden.

C. de N. 465. La même autorisation sera nécessaire au tuteur pour provoquer un partage; mais il pourra, sans cette autorisation, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur.

465. La misma autorización será necesaria al tutor para solicitar partición; pero podrá, sin esa autorización contestar una demanda de partición dirigida contra el menor.

P. de G. 238. Será necesaria la licencia del consejo de familia para la particion de una cosa ó herencia comun, cuando la provoque otro tercero que tenga derecho para ello.

La partición ha de ser judicial, prévios el inventario y tasacion de las fincas ó bienes.

C. C. 485.

C. Esp. 269. El tutor necesita autorización del consejo de familia... :

7° Para proceder á la división de la herencia ó de otra cosa que el menor ó incapacitado poseyere en común.

(a) No obstante la disposicion del artículo 432, no será necesario decreto judicial para la constitucion de una hipoteca, censo o servidumbre, sobre bienes raíces que se han transferido al pupilo con la carga de constituir dicha hipoteca, censo o servidumbre. (Art. 436 del Proyecto Inédito.)

COMENTARIO.

156. La ley determina los casos en que le es necesaria al pupilo la autorización judicial para proceder á la partición de los bienes :

1° Cuando la partición se refiere á bienes raíces; y

2° Cuando se refiere á bienes hereditarios (51).

---

(51) " El efecto de la indivisión es extender los derechos de cada copropietario, en la proporción que le corresponda, á la totalidad de la cosa y á cada una de sus partes : *totum in toto et totum in qualibet parte.*

" La partición hace cesar la universalidad de derechos, restringiendo los de cada copropietario á los bienes que se le adjudican.

" Por consecuencia se establecen para tales actos las mismas reglas que para la venta. Si un tercero exige la partición, el tutor es hábil para contestar la demanda, porque entonces la partición es forzada; pero le es necesaria la autorización de la familia para pedirla porque entonces la partición es voluntaria.

" La decisión del consejo de familia no está sujeta, empero á la homologación. Los trámites de la partición suplen á esta garantía.

" Se pregunta por qué no distingue la ley cuando la propiedad indivisa no se compone sino de bienes muebles y cuando consiste en inmuebles. Los bienes de esta última clase son los únicos que el tutor no puede enajenar : puede enajenar los muebles; y en algunos casos lo debe. Según el derecho antiguo se establecía esta distinción. El tutor tenía el derecho de solicitar la partición de una herencia puramente mueble. La partición de un inmueble era la única que no podía efectuar.

" Hé aquí la respuesta. Los principios de la antigua jurisprudencia se habían establecido cuando á causa de la sencillez de las costumbres, en el patrimonio los muebles casi nada significaban. Entonces se decía : *mobile vilis possessio.* Pero desde que las artes y el comercio han creado la riqueza mueble, una universalidad de muebles ha adquirido, á los ojos de la ley, tanta importancia como un inmueble. Los autores del Código han atendido á estas ideas que actualmente son las únicas verdaderas. Por ejemplo, la riqueza de un negociante, de un manufacturero, de un capitalista puede componerse, por considerable que sea, sólo de bienes muebles; y se le hubiera censurado de imprevisión al legislador, si no hubiese asegurado al pupilo, que

157. I. Si son bienes raíces los que van á dividirse, la autorización es necesaria sea cual fuere la causa de la división, como si el pupilo ó su antecesor fuere socio ó comunero.

El asunto es entonces trascendental, y el juez debe enterarse de las causales que inducen al guardador á solicitar la partición.

Cuando se trata de herencia, aunque sean muebles todos los bienes, la partición es en extremo importante para el pupilo. Todo su patrimonio consiste casi siempre en bienes hereditarios, y, por otra parte, el salir de la indivisión no es acto administrativo, pues envuelve á manera de enajenación de los derechos que, como dueño, tiene el pupilo en todos los bienes hereditarios.

158. II. No será necesaria nueva providencia judicial para proceder á la partición, cuando el juez la ha ordenado á petición de un comunero ó coheredero.

Entonces fuera de todo punto nugatoria la resolución judicial, porque el art. 1317 del Código civil concede á todo comunero ó coheredero el derecho de solicitar la partición, y la ley no excepciona el caso en que el coheredero ó comunero sea pupilo.

Háblase siempre de providencia judicial, porque cuando uno ó más pupilos son interesados en los bienes no puede procederse á la partición extrajudicialmente.

Además de las precauciones indicadas en el art. 396, hay otras que veremos al comentar el título de la partición de los bienes.

Art. 397. El tutor o curador no podrá repudiar ninguna herencia deferida al pupilo, sin decreto de juez con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario (*).

---

herede esa riqueza, tan plenamente como á aquel cuya herencia se compone de inmuebles." (Locré. (E.) Art. 465.)

(*) Locré. VII. 141. art. 60-189. 28-206. art. 72. 73-226. 29.—Dalloz. Minorité. 495. 500.—Demolombe. VII. 695-698. 702.—Laurent. V. 70-72.—Zachariae (A. R.) I. § 113.—Huc. III. 436-

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Repudiar. 1225. 1226.
Herencia. 954.
Deferida. 956.
Pupilo. 346.
Aceptarla. 1225.
Beneficio de inventario. 1217. 1250.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 438.

C. E. 387. El tutor ó curador no podrán repudiar ninguna herencia deferida al pupilo, sin permiso de juez, con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario.

C. de N. 461. Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire.

461. El tutor no podrá aceptar ni repudiar una sucesión deferida al menor sin previa autorización del consejo de familia. La sucesión se aceptará bajo beneficio de inventario.

C. Arg. 443. El tutor necesita la autorización del juez para los casos siguientes...:

4° Para repudiar herencias, legados ó donaciones que se hiciesen al menor...

450. Son prohibidos absolutamente al tutor, aunque el juez indebidamente lo autorice... :

4° Aceptar herencias deferidas al menor, sin beneficio de inventario...

P. de G. 244. El tutor no podrá admitir la herencia deferida al menor, sino con beneficio de inventario.

Para admitir ó desechar legados ó donaciones á nombre

438.—Duranton. III. 576-577.—Demante. II. 222-222 bis. II.—Delvincourt. I. p. 455 (2).—Ortolan. II. 216.—Mackenzie. p. 154.—Accarias. I. 146.

del menor, y repudiar una herencia que se le defiera, necesita el tutor autorizacion del consejo de familia.

En el caso de no conformidad entre el consejo y el tutor, acudirá este al tribunal de primera instancia, el cual decidirá sin ulterior recurso, oyendo al ministerio fiscal y emplazado el consejo.

C. C. 486.

C. M. 528. El tutor tiene obligación de admitir las donaciones simples, legados y herencias dejados al menor.

C. Esp. 269. El tutor necesita autorización del consejo de familia...:

10° Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, ó repudiar ésta ó las donaciones.

I. I. XXI. 1. Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutores auctoritate, quamvis illis lucrosa sit, neque ullum damnum habeant.	No pueden (los pupilos) sin autorización del tutor aceptar la herencia ni pedir posesión de los bienes ni recibir una sucesión fideicomisaria aunque sea lucrativa, y no les origine ningún daño.

COMENTARIO.

159. Tenemos dos disposiciones importantes :

1ª No puede el guardador repudiar la herencia deferida al pupilo sino con autorización de juez, que debe concederla con conocimiento de causa; y

2ª No puede aceptarse la herencia sin beneficio de inventario.

160. 1. Peligrosa nos parece la facultad concedida al juez de autorizar al guardador para que repudie la herencia (52).

---

(52) " Discútese el artículo 61. " (a).

(a) Le tuteur ne peut, en aucun cas, répudier, soit une donation, soit une succession échue au mineur; mais son acceptation pure et simple, ou sous bénéfice d'inventaire, ne préjudiciera point à la faculté que le mineur devenu majeur aura soit d'accepter, soit de renoncer.

Cierto que aun cuando ella se acepte con beneficio de inventario, puede acarrearle al pupilo gastos y pérdidas que conviniera evitar; pero también lo es que según el sistema del Código chileno no se han excogitado los medios conducentes á que el juez proceda con pleno conocimiento de causa.

La ley no exige en este caso, como requisito esencial de la repudiación, sino resolución de juez, y, pronunciada, surtiría efectos irrevocables, no en el sentido de que pase en autoridad de cosa juzgada, sino porque habiéndose efectuado la repudiación legalmente, ningún recurso le quedaría al pupilo para invalidarla.

Cuando la sucesión se complica con cargas hereditarias y testamentarias y con bienes que deben administrarse en distintos lugares, el guardador que quiera libertarse de tan onerosa responsabilidad, procurará conseguir á todo trance autorización judicial para la repudiación de la herencia, y ello le ocasionaría al pupilo un perjuicio tan ruinoso como irreparable.

Si el guardador repudiase la herencia sin autorización judicial, la repudiación sería nula; el pupilo tuviera perfecto derecho para aceptar la sucesión, y, declarada la nu-

---

M. Berlier. " Es de notar que en este articulo la comisión se ha separado del proyecto del Código civil. Ha juzgado que el tutor no debía tener la facultad de privar al pupilo, aún provisionalmente, de una sucesión ó de cualquiera liberalidad. "

M. Tronchet. " Si bien los redactores del proyecto conferian al tutor la atribución de repudiar una herencia ó una donación, atendian á la seguridad del menor autorizándole para que, cuando sea mayor, reclame la herencia ó la donación. "

M. Treilhard. " Esta garantía parece suficiente. "

M. Berlier; " Puede no serlo, porque el menor estaria obligado á recibir las cosas cuales se hallen cuando sea mayor. "

M. Jollivet. " Opino que la atribución que se propone conferir al tutor consulta los intereses del pupilo; porque la sucesión que se le defiere puede hallarse tan gravada, que el tutor, para liquidarla, tenga de gastar parte del patrimonio del pupilo ".

M. Tronchet. " Si la sucesión es onerosa el pupilo después de haber hecho consumir en gatos parte de sus bienes actuales, puede quedar gravado con las deudas del difunto.

" Todas estas observaciones se envian á la comision. " (Lócré. VII. 189. 28.)

lidad, durante treinta años subsistiría la acción de petición de herencia.

161. II. En cuanto á la aceptación, ésta no puede efectuarse sino con beneficio de inventario (53).

---

(53) " Si bien la aceptación beneficiaria precave al heredero del peligro de pagar con sus bienes las deudas y cargas, no está exenta de inconvenientes.

" En primer lugar impone la obligación de administrar la herencia, lo cual puede acarrear dificultades al pupilo... " (Huc. 111. 437.)

" Según el artículo 461 el tutor no puede aceptar ó repudiar una sucesión deferida al pupilo, sin autorización previa del consejo de familia. La aceptación se efectuará con beneficio de inventario.

" Puede objetarse que esté artículo exige demasiado en un caso y muy poco en el otro; es decir que la autorización del consejo de familia debiera considerarse como nugatoria para el caso de aceptación, y como insuficiente al contrario para el caso de repudiar.

" Y primeramente se dirá que no debe exigirse que el tutor sea autorizado por el consejo de familia para aceptar la sucesión cuando debe aceptarla con beneficio de inventario. Como el efecto del beneficio de inventario consiste en que el heredero no esta obligado al pago de las deudas de la sucesión sino hasta concurrencia del valor de los bienes que hereda, parece que el tutor hubiera podido efectuar por si sólo esa aceptación que no presenta ningún peligro.

" Pero precisamente eso no es exacto; y la aceptación, aun beneficiaria, pudiera acarrear al menor resultados muy perjudiciales...

" Motivos de conveniencia y otras consideraciones, podrían manifestar que es más útil la repudiación absoluta que la aceptación aún beneficiaria. ¿Y, por ejemplo, no vale más repudiar que emplear el tiempo y la diligencia del tutor en la liquidación de una sucesión évidentemente onerosa? ¿Para qué distraerle de la administración de los bienes del pupilo, y exponerle aún á gastos más ó menos considerables?

" Debemos notar que la herencia deferida al menor no puede aceptarse sino con beneficio de inventario, y que el menor no podría ser simple heredero por los hechos del tutor.

" Que según los términos del artículo 304, el heredero beneficiario no está obligado sino á la culpa grave; de lo cual se sigue, según nosotros, que el menor no estaría obligado personalmente por las dilapidaciones del tutor en los bienes hereditarios, y que le bastaría comprender en el activo de la cuenta de

Si el guardador la aceptase sin tal beneficio, la aceptación sería nula en cuanto al pupilo, y, declarada la nulidad, tiene derecho para aceptarla con beneficio de inventario.

El guardador sería el único responsable para con terceros y el pupilo de todos los perjuicios provenientes de la indebida aceptación (54).

Art. 398. Las donaciones o legados no podrán tampoco repudiarse sin decreto de juez : i si impusieran obligaciones o gravámenes al pupilo, no podrán aceptarse sin previa tasacion de las cosas donadas o legadas (*).

REFERENCIAS.

Donaciones. 1136. 1141. 1386.
Legados. 954.
Repudiarse. 1225. 1226. 1411.
Si impusieren obligaciones ó gravámenes al pupilo, no podrán aceptarse sin previa tasación de la cosas donadas ó legadas. 1420. 1421. 1362-1364.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 439.

C. E. 388. Las donaciones ó legados no podrán tampoco repudiarse sin autorización de juez; y si impusieren obli-

---

la sucesión beneficiaria la acción de daños y perjuicios contra el tutor. " (Demolombe. VII. 695. 702.)

(54) " ¿Qué efectos surte la aceptación si el tutor, autorizado ó no, la efectuase pura y simplemente? Juzgo que eso no puede perjudicar al pupilo. El artículo 461 dice que la aceptación debe efectuarse con beneficio de inventario. Prohibe, pues, la aceptación pura y simple. Luego, ella es nula; y se reputará que el menor es heredero beneficiario. " (Delvincourt. I. p. 120. 2.)

(*) Locré. VII. 141. art. 60-206. art. 74. — Locré (E.) V. art. 463. — Dalloz. Minorité. 502-505. — Laurent. V. 73. 79. 80. — Demolombe. VII. 703-709. — Zachariae (A. R.) I. § 113. — Zachariae (M. V.) I. § 221. — Duranton. III. 580. 582. — Huc. III. 224-224 bis. II.

gaciones ó gravámenes al pupílo, no podrán aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas ó legadas.

C. de N. 463. La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur.

463. La donación al menor no podrá aceptarse por el tutor sino con autorización del consejo de familia.

Surtirá, respecto del menor, el mismo efecto que respecto del mayor.

C. Arg. 1808. No pueden aceptar donaciones... :

2° Los tutores, en nombre de sus pupilos, sin autorizacion espresa del juez;

3° Los curadores, en nombre de las personas que tienen á su cargo, sin autorización judicial;

4° Los tutores y curadores, de los bienes de las personas que han tenido á su cargo, antes de la rendicion de cuentas, y del pago del saldo que contra ellos resultare... :

P. de G. 244 (Véanse las *Concordancias* del art. 397.)

C. C. 487.

D. XXVII. IX. 5. § 8. Fundum autem legatum repudiare pupillus sine Praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, quum res sit pupilli, nemo dubitat.

5. § 8. El pupilo no puede repudiar, sin la autoridad del Pretor, el fundo que se le legó; porque esta es enajenación, pues nadie duda que es del pupilo.

COMENTARIO.

162. I. Las donaciones ó legados no pueden repudiarse sin decreto de juez.

Nada más conforme al sistema del Código chileno que exigir autorización judicial para que el guardador repudie las donaciones ó legados en beneficio del pupilo.

La repudiación no se comprende en las facultades del administrador, porque aun cuando ella no encierra enajenación, sí impide que el patrimonio del pupilo se aumente.

En cuanto á los efectos de la repudiación, hay que distinguir entre la concerniente á las donaciones y á los legados.

La repudiación de las donaciones no puede invalidarse, porque la donación no se perfecciona sino cuando se acepta, y por lo mismo, tan luego como se puso en conocimiento del donante que el guardador no la aceptaba, aquél es libre para disponer del objeto donado, y puede proceder sobre el supuesto de que ni se proyectó la donación.

Luego, en ese caso pudiera el pupilo reclamar del guardador los perjuicios provenientes de la indebida repudiación. Si, por ejemplo, se hubiere repudiado la de una suma de dinero, el guardador sería responsable de la misma suma, y además, de los intereses corrientes que hubiera producido ella desde el día en que el guardador debió recibirla.

En cuanto á los legados, siendo nula la repudiación, no surte ningún efecto; el pupilo puede solicitar que se declare la nulidad, y, declarada, tuviera derecho para reivindicar el objeto legado que fuera reivindicable, y si no, para exigir del heredero, albacea ó legatario, en su caso, el importe de la cosa legada.

La repudiación de la donación ó legado no presenta ninguna dificultad. Pero si la hay en cuanto á la aceptación.

163. II. Si impusieren obligaciones ó gravámenes al pupilo, no pueden aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas ó legadas.

La ley no restringe la aceptación de las donaciones ó legados sino en el sentido de que si impusieren obligaciones ó gravámenes al pupilo se acepten previa tasación de las cosas donadas ó legadas. Pero no parece suficiente seguridad el avalúo, bien se trate de donaciones ó de legados.

Si de donaciones, la parte moral es la que está comprometida, y á la que debe atenderse con preferencia. El juez, oyendo á los parientes del pupilo, debiera dicidir si la donación compromete el decoro del mismo. El art. 475 del Código de Napoleón, copiado en las *Concordancias*, prescribe que el guardador no acepte la donación hecha al pupilo sin autorización del consejo de familia, porque éste, como ín-

teresado en la honra del pupilo, puede conocer á ciencia cierta si debe ó no aceptar la donación (55); y según el Có-

---

(55) " En cuanto á las donaciones prometidas al pupilo rige la misma regla que en la herencia ; el tutor no puede aceptarlas por sí solo.

" Importa en efecto que los moviles que han determinado la donación sean estimados por la familia. La donación puede por otra parte estar sujeta á cargas cuyo cumplimiento sea difícil para el donatario, que teóricamente se halla expuesto, además, á una demanda de alimentos de parte del donante. " (Huc. 111. 440.)

" La donación hecha al pupilo no puede ser aceptada por el tutor sino con autorización del consejo de familia... ¿Por qué exige la ley autorización, cuando se trata de un acto que siempre es provechoso al menor, pues aumenta su patrimonio à título gratuito? La razón consiste en que el consejo de familia debe examinar las causas que inducen á donar al pupilo. Luego, en virtud del interés moral, el más poderoso de todos los intereses, prescribe la ley la autorización... " (Laurent. V. 79.)

" Á primera vista es sorprendente que la ley no confiera al tutor la atribución de aceptar por sí solo las donaciones hechas al pupilo; porque se trata de un acto ventajoso al menor, de una adquisición á título gratuito.

" Consideraciones muy graves justifican, empero, el requisito de obtener la autorización del consejo de familia.

" Y primeramente, para toda donación, aunque no imponga ninguna carga, conviene examinar los móviles que la determinan. Pudiera ser, en este sentido, que las más poderosas razones de conveniencia y de honra compeliesen á la familia á no aceptar la donación ofrecida al pupilo, y algunas veces aún á rechazarla tanto más cuanto seá más ventajosa y más seductora.

" Toda donación, aunque no imponga ninguna carga, puede exponer al donatario, hasta cierto punto, á una demanda de alimentos deducida por el donante.

" En fin, la donación puede efectuarse bajo condiciones y cargas que exijan que antes de aceptarla se reflexione ó se examine "... (Demolombe. VII. 704.)

" La intervención de la familia en la aceptación de la donación tiene dos objetos, pues conduce á cerciorarse : 1° En el aspecto moral, que la donación sea honorable, y 2° En cuanto á los intereses pecuniarios, que realmente es ventajosa, esto es, que no tenga cargas que excedan al beneficio.

" Á lo segundo atiende la ley en la disposición final de nuestro artículo, cuando declara que la autorización del consejo de familia surte el efecto de excluir al pupilo del beneficio de la restitución.

digo chileno tratándose de un guardador extraño, que acaso no conozca los móviles que inducen á la donación, debía intervenir el juez, y no autorizar al pupilo para que la acepte sino oyendo á los parientes del pupilo ó á otras personas que puedan conocer todas las circunstancias.

Si nos fijamos en la responsabilidad pecuniaria que sobreviniera al pupilo á causa de la donación ó legado, tampoco parece suficiente el avalúo de las cosas donadas ó legadas. El avalúo puede precautelar los resultados actuales, ó más bien dicho las consecuencias inmediatas y directas de la donación ó legado, como cuando el dondante se reserva el usufructo ó se impone al donatario el gravamen de pagar una pensión, cuando el legatario debe satisfacer otros legados, etc. etc.

Pero debe considerarse siempre que á ser cuantiosa la donación, esto es, si pasa de dos mil pesos, el donatario contrae la onerosísima obligación de alimentar al donante, y aun el legatario puede estar obligado á contribuir al pago de las deudas hereditarias legados, ó mejoras, cuando el testador hubiere contravenido á las leyes que le autorizan para invertir en legados una cuota de los bienes.

Conviniera, pues, en todo caso que para aceptar las donaciones ó legados el juez autorizase al guardador previa audiencia de los parientes del pupilo ó de otras personas que conozcan á ciencia cierta todas las circunstancias.

Art. 399. — Hecha la division de una herencia o de bienes raices que el pupilo posea con otros proindiviso, será necesario, para que tenga efecto, nuevo decreto de juez, que con audiencia del respectivo defensor la apruebe i confirme (*).

" Pero parece, al contrario, que no se preocupa sino del primero cuando, atendiendo á la calidad de las partes, confiere á los ascendientes, de cualquier grado ó sexo, la facultad de aceptar, sin autorización, á nombre del pupilo. " (Demante. II. 224 bis. I.)

(*) Locré. VII. 204. art. 77. — Locré. (E.). V. art. 466. — Laurent. V. 77. 78. — Demolombe. VII. 721-726. — Zachariae (A. R.)

REFERENCIAS.

Herencia. 954.
Bienes raíces. 568.
Pupilo. 346.
Todo el artículo. 1342.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 440.
C. E. 389. Hecha la división de una herencia, ó de bienes raíces que el pupilo posea con otros, pro indiviso, será necesaria, para que surta efecto, nueva decisión que, con audiencia del respectivo defensor, la apruebe y confirme.
C. C. 488.

COMENTARIO.

164. Para asegurar plenamente al pupilo tratándose de la partición de una herencia ó de bienes raíces, es necesario que, efectuada, el juez la apruebe y confirme.

La ley emplea la expresión : " Para que tenga efecto la partición ", porque, omitidas la aprobación y confirmación, la partición no sería nula, sino que se suspendieran sus efectos hasta que el juez expida el respectivo fallo.

El artículo que comentamos está íntimamente conexionado con el 396, según el cual el guardador debe obtener autorización de juez para proceder á la partición de bienes raíces ó hereditarios que el pupilo posea con otros *pro indiviso*.

La aprobación se refiere á todo cuanto se ha actuado, observándose los respectivos trámites, que son absolutamente necesarios cuando en la partición interviene un pupilo.

La confirmación concierne al examen de las operaciones del partidor; las cuales no surten efecto sino mediante la decisión judicial.

165. El Código de Napoleón prescribe que cuando en la

I. § 113. VI. § 624. — Zachariae (M. V.) I. § 221. — Huc. III. 446. 447.

particion no se hubieren observado los trámites legales, se considere ella como meramente provisional. El Código chileno no determina con claridad qué suerte corre la partición, cuando, practicada, no la hubiere aprobado el juez con audiencia del defensor de menores.

La ley expresa que la aprobación judicial es necesaria para que la partición *surta efecto*; luego los efectos de la partición se retrotraen al estado en que se hallaba cuando el juez debió mandar oír á los interesados para que expresaran su allanamiento ó contradicción.

Si mientras subsista la guarda no se ha obtenido la aprobación judicial; dentro de cuatro años puede objetarla el ex-pupilo, exponiendo las razones que manifiesten su ilegalidad y que le perjudica. Si el fallo judicial modifica la partición, se retrotrae ésta al estado en que se hallaban las cosas cuando el partidor praticó las operaciones. Si la partición se aprueba y confirma, entonces surte ella los mismos efectos que si hubiere sido válida desde el principio.

166. Cuando el juez, oído el defensor de menores, aprueba y confirma la partición, ¿pasa la aprobación en autoridad de cosa juzgada?

Deben distinguirse varios casos.

Ante todo se ha de examinar si la partición se ha practicado con todas las solemnidades por la ley prescritas. Cuando intervienen pupilos no puede praticarse la partición sino nombrándose partidor, aprobándose por el juez el nombramiento, y mediante los demás trámites que el Código de enjuiciamientos prescribe.

Si esos trámites se han observado, hay que distinguir dos casos:

1° Si praticada la partición se ha suscitado controversia entre los coherederos; y

2° Si éstos se han limitado á solicitar que la partición se apruebe.

Si hay controversia y se sustancia el juicio ordinario, la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, siempre que se hubieren observado les trámites que debieron preceder á la partición.

Porque en el juicio de partición se distinguen dos estaciones del todo diversas, que en ningún caso deben confundirse.

1° Los trámites que preceden á las operaciones del partidor; y

2° La sustanciación del juicio ordinario cuando el partidor presenta las operaciones.

Si á las operaciones del partidor no hubieren precedido los respectivos trámites, la intervención judicial no subsana las faltas cometidas, y, solicitada la nulidad por cualquiera de los incapaces, aun la sentencia quedaría insubsistente, pues no subsisten tampoco las bases que le sirvieron de fundamento.

Supóngase que todos los coherederos, comprendiéndose los pupilos representados por los respectivos guardadores, hubieren otorgado escritura pública de partición; que para darle más estabilidad solicitan la aprobación de juez; que entonces oye éste al defensor de menores, cuyas observaciones manifiesten que los pupilos se han perjudicado, y que conociendo el guardador la exactitud de las observaciones sostiene un juicio ordinario para que el juez, lejos de aprobar la partición, la modifique en beneficio del pupilo. ¿Expedida sentencia, pasaría ésta en autoridad de cosa juzgada? Evidentemente no; porque el juicio ordinario no puede principiar sino después de observarse todos los trámites prescritos por la ley para la partición de los bienes cuyo condueño es el pupilo, y mientras tanto el juez carecería de jurisdicción para sustanciar tal juicio ordinario.

Pero si habiendo precedido tales trámites, se sustancia legalmente el juicio, la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, como cualquier otra en que se deciden los puntos controvertidos por las partes.

Cuando todos los interesados se limitan á solicitar la aprobación judicial, ésta no es en realidad de verdad sentencia, sino trámite de la partición.

Entonces se han observado ya todos los trámites y la partición es válidad. Pero no lo es en virtud del fallo judicial, sino por aquel principio según el cual si un incapaz ejecuta un acto ó celebra un contrato con los requisitos legales, no puede invalidarse tratándose de personas que tienen la libre administración de sus bienes.

Pero aun cuando la partición sea válida, hay gran diferencia entre el caso en que, objetada la partición, las observaciones se han decidido en juicio ordinario y aquel en

que el juez se limita á aprobar y confirmar la partición.

Cuando se ha sustanciado el juicio ordinario, la cosa juzgada surte efectos irrevocables; pero si el juez se limita, en el juicio de jurisdicción voluntaria, á aprobar y confirmar la partición, ésta pudiera modificarse y aun anularse en caso de que adoleciera de error, fuerza, dolo, lesión enorme ú otro de los vicios puntualizados por la ley.

Art. 400. Se necesita asimismo previo decreto para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se avalúen en mas de mil pesos, i sobre sus bienes raices : i en cada caso la transaccion o el fallo del compromisario se someterán a la aprobacion judicial, so pena de nulidad (*).

REFERENCIAS.

Transacciones. 2466.
Derechos. 576.
Pupilo. 546.
Bienes raices. 568.
Nulidad. 1681. 1682.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 441. Las disposiciones del artículo 432 se extienden a las transacciones i compromisos sobre bienes raíces del pupilo (a).

C. E. 390. Se necesita asimismo previa decisión judicial

(*) Locré. VII. 205. art. 75. 78-23. 8. 15.—Locré. E. art. 467. —Dalloz. Minorité. 511-514. 556-563. 578.—Troplong. 42. 43.—Laurent. V. 54. 68. 85. 86. 96. 100.—Demolombe. VII. 716-718. 743-749. 778-782.—Zachariae (A. R.) I. § 113.—Zachariae (M. V.) I. § 221.—Demante. II. 227-228.—Accarias. I. 148.

(a). Se necesita asimismo previo decreto para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se avalúen en mas de mil pesos, i sobre sus bienes raices ; i en cada caso la transaccion o el fallo del compromisario se someterán a la aprobacion judicial, so pena de nulidad. (Art. 441 del Proyecto Inédito.)

para proceder á transacciones ó compromisos sobre derechos del pupilo que se valúen en más de ochocientos sucres, y sobre sus bienes raíces; y en cada caso la transacción ó el fallo del compromisario se someterán á la aprobación judicial, so pena de nulidad.

C. de N. 467. Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du Roi après le tribunal de première instance.

La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi.

467. El tutor no podrá transigir á nombre del menor, sino autorizado para ello por el consejo de familia, y según el parecer de tres jurisconsultos designados por el ministerio público de primera instancia.

La transacción no será válida sino en cuanto hubiere sido aprobada por el tribunal de primera instancia, oído el ministerio público.

C. Arg. 443. El tutor necesita la autorizacion del juez para los casos siguientes... :

5°. Para hacer transacciones ó compromisos sobre los derechos de los menores.

P. de G. 247. Tambien la necesita para transigir y comprometer sobre las cosas ó negocios del menor.

248. Para obtener la autorizacion de transigir, el tutor presentará al consejo de familia nota ó papel firmado de su mano, en que se espresen todas las condiciones y términos de la transaccion.

249. La autorizacion del consejo de familia se concederá en instrumento público, uniéndose al original el papel presentado por el tutor al solicitarla.

250. Si la transaccion recayese sobre propiedad de bienes inmuebles ú otro derecho real, ó sobre bienes muebles cuyo valor esceda de quinientos duros, ó sean inestimables, no podrá llevarse á efecto hasta que el tribunal de primera instancia, á peticion del tutor y oyendo al ministerio fiscal, confirme la autorizacion del consejo de familia.

251. La decision de los compromisarios deberá en todo caso ser confirmada por el tribunal, oyendo tambien al ministerio fiscal, y hasta entonces no será obligatoria para ninguna de las partes.

252. El tutor no podrá entablar demanda de mayor cuantía en nombre del menor, ni oponerse á la entablada contra este, sin la autorizacion del consejo de familia.

Para conformarse el tutor con la demanda entablada contra el menor sobre propiedad de bienes inmuebles, ú otro derecho real, cualquiera que sea su cuantía, necesita, ademas de la autorizacion del consejo de familia, la aprobacion judicial.

C. C. 489.

C. M. 531. Se requiere licencia judicial, para que el tutor pueda transigir ó comprometer en árbitros los negocios del menor.

532. El nombramiento de árbitro hecho por el tutor, deberá sujetarse à la aprobacion del juez.

533. La transacción que se haga sobre propiedad de los bienes inmuebles ú otro derecho real, ó sobre bienes muebles cuyo valor exceda de quinientos pesos, ó que sean inestimables, no podrá llevarse á efecto sin aprobacion judicial.

C. Esp. 269. El tutor necesita autorización del consejo de familia... :

12°. Para transigir y comprometer en árbitros las cuestiones en que el menor ó incapacitado estuviere interesado.

274. La autorización para transigir o comprometer en árbitros deberá ser pedida por escrito, en que el tutor exprese todas las condiciones y ventajas de la transacción.

El consejo de familia podrá oír el dictamen de uno ó más letrados, según la importancia del asunto, y concederá ó negará la autorización. Si la otorgare, lo hará constar en el acta.

C. A. 233. Todos los actos del tutor que no sean de mera administracion, deben ser autorizados por el tribunal. Así, no puede por sí solo... transigir sobre una controversia...

D. IV. IV. 34. § 1. Minores si in iudicem compromiserunt et tutore auctore stipulanti sunt, integri restitutionem adversus talem obligationem iure desiderant.

34. § 1. Si los menores se comprometieron en algun Juez, y estipularon con autoridad de tutor, con derecho pretenden la restitución por el todo, contra la tal obligación.

COMENTARIO.

167. I. También se necesita resolución judicial para proceder á transacciones (56) ó compromisos sobre derechos del pupilo que se avalúen en más de mil pesos ó sobre sus bienes raíces.

II. La transacción y el fallo del compromisario deben someterse á la aprobación judicial so pena de nulidad.

168. Asi la transacción como el compromiso no son actos administrativos, y por lo mismo debían prescribirse los

---

(56.) " El proyecto contiene un sistema nuevo en cuanto á las transacciones que pueden efectuarse durante la tutela.

" Los principios admitidos hasta hoy, sin prohibir estas transacciones, en extremo las dificultaban; porque no subsistian sino cuando aprovechaban al pupilo y él las aceptaba, *si hoc pupillo expediat;* y ese punto de hecho, siempre subordinado á la voluntad futura del pupilo, retraía necesariamente de un contrato tan eventual.

" De esa manera todas las dificultades sobrevenidas á un pupilo eran un laberinto de donde no se podia salir sino en virtud de gastos exorbitantes, porque las puertas de la conciliación estaban cerradas; y si el tutor no se atrevía á nada que pudiese alterar un derecho incierto, tampoco el adversario del pupilo queria tratar con un hombre cuyas atribuciones no le daban ninguna garantía.

" De ahí la ruina de más de un pupilo; de ahí también trabas para muchos mayores.

" Convenía poner término á tan graves inconvenientes, y el proyecto ha provisto á ello imprimiendo un carácter durable á las transacciones para cuya celebración el tutor estuviese autorizado por el consejo de familia, oído el parecer de tres jurisconsultos designados por el ministerio público, y homologada por el ministerio público, y homologada por el tribunal.

" Tantas precauciones evitan toda especie de peligros; proveen además á las necesidades de la sociedad, que acordando justa solicitud por los menores, también debe atender á los mayores; confiere en fin á la administración del tutor su verdadero complemento. ¿Qué sería en efecto de un administrador que no hallase en la legislación un medio de evitar un mal litigio ni de efectuar una transacción conveniente? (Berlier. Locré. VII. 238. 15.)

requisitos que se han de observar cuando el guardador transija ó comprometa.

Ante todo debía atenderse á la importancia de los bienes materia de la transacción ó el compromiso. Cuando los bienes se estiman en menos de mil pesos, libre es el guardador para transigir ó comprometer; pues de otra manera los gastos mismos menoscabarían los bienes, y por otra parte, pueden ser más ruinosos al pupilo los gastos en litigios que la propia transacción.

Si los derechos se estiman en más de mil pesos ó se trata de bienes raíces, debe proceder á transigir con autorización judicial.

Nótese que si hubiere habido fraude en la transacción, expresándose que los derechos no ascendían á mil pesos, probado éste, la transacción será nula.

Natural que el juez proceda con pleno conocimiento de causa cuando se trate de investigar los móviles que inducen á la transacción ó al compromiso.

Hubiera convenido que la ley determinase con más precisión los trámites, como lo hace el artículo correlativo del Código de Napoleón; el cual prescribe que para la transaccion es necesario el permiso del consejo de familia de acuerdo con tres jurisconsultos nombrados por el ministerio público. Algo análogo debiera establecerse en Chile y en el Ecuador para consultar la seguridad del pupilo en materia tan importante y trascendental como la transacción, que equivaliendo á sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ni siquiera confiere el derecho de exigir la resolucion cuando una de las partes ha dejado de cumplir las obligaciones.

La transacción se somete á la autorización de juez; la cual no garantiza los intereses del pupilo, porque carece él de datos seguros para juzgar si es útil ó necesaria.

El juez se limita en este caso á examinar si la transacción se ha efectuado conforme á las bases puntualizadas en el fallo de autorización; pero tal fallo es casi siempre erróneo porque, lo repetimos, no se suministran al juez todos los datos necesarios para que proceda con pleno conocimiento de causa.

169. El Código de Napoleón no habla de compromiso, y lo prohibe el de procedimiento civil francés. Efectiva-

mente el compromiso es peligrosísimo tratándose de los bienes pupilares (57). Cierto que el artículo que comentamos emplea mil precauciones para evitar el perjuicio del pupilo; pero ellas, además de que ocasionan gastos en extremo considerables, hacen nugatorio el compromiso, originando un litigio en juicio ordinario. Si, pronunciado el fallo arbitral, el guardador lo objeta como contrario á la ley, la objeción, debe sustanciarse en juicio ordinario; y si en la tercera instancia se acepta la objeción, se deduce que se han perdido mucho tiempo y mucho dinero, y que el pupilo se halla en el mismo estado que al tiempo de someter el asunto á la decisión arbitral. Opinamos, pues, que lo más conveniente y lo más jurídico sería prohibir absolutamente al guardador comprometer los litigios del pupilo.

---

(57) " Puede el tutor *comprometer* con autorización del consejo de familia? No, según los artículos 83 y 1004 del Código de Procedimientos.

" Entre el compromiso y la transacción hay la diferencia de que en la transacción se conocen á punto fijo los sacrificios que se van á hacer. Se puede determinar el valor de una manera precisa. En el compromiso, al contrario, es menester referirse á la decisión de ciertas personas; la cual puede imponer sacrificios cuya apreciación es imposible. " (Delvincourt. I. p. 459 (8.)

" El tutor no puede comprometer los asuntos del pupilo...

" Enorme es la diferencia entre el compromiso y la transacción.

" En la transacción las partes mismas defienden sus pretensiones y consienten, con pleno conocimiento de causa, en los sacrificios que creen útil hacer. Al paso que en el compromiso se refieren absolutamente á la decisión futura y del todo desconocida, y que puede serle muy perjudicial, á la decisión, digo, de meros particulares sin carácter público y cuya aptitud nada garantiza. " (Demolombe. VII. 778.)

Art. 401. El dinero que se ha dejado o donado al pupilo para la adquisicion de bienes raices, no podrá destinarse a ningun otro objeto que la impida o embaraze; salvo que intervenga autorizacion judicial con conocimiento de causa (*).

REFERENCIAS.

Donado. 1135. 1141. 1386.
Pupilo. 346.
Bienes raíces. 567.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 442. La disposicion del artículo 432 se extiende al dinero de que se ha hecho dueño el pupilo para emplearlo en la adquisicion de bienes raíces.
C. E. 391.
C. C. 490.

COMENTARIO.

170. I. Si se ha dejado ó donado al pupilo dinero para la adquisición de bienes raíces, no puede destinarse á otro objeto que la impida ó dificulte.

El guardador es mero mandatario que debe cumplir las instrucciones del testador ó donante, que han dispuesto se adquieran bienes raíces; los cuales, así por la seguridad con que se poseen como por la renta que producen, aseguran plenamente la subsistencia y prosperidad de una familia.

Si el guardador diese al dinero otra inversión, incurriera en culpa grave, y, conforme al art. 423, fuera responsable de todos los perjuicios que sobrevengan al pupilo; el cual tuviera derecho para apreciar y jurar la cuantía de los propios perjuicios.

(*) Gutiérrez. P. II. c. V. 41.

(a) La disposicion del articulo 432 se extiende al dinero que se ha dejado o donado al pupilo para emplearlo en la adquisicion de bienes raíces. (Art. 442 del Proyecto Inédito.)

171. II. Puede el juez, con conocimiento, de causa, autorizar se dé al dinero otra inversión.

Cuando el donante ó testador dispone que el dinero se invierta en la adquisición de bienes raíces, consúltase sólo la conveniencia del pupilo; la cual puede exigir muchas veces que el dinero se emplee en otros objetos más útiles ó más necesarios. Natural, pues, conceder á los jueces la atribución de autorizar al guardador para que invierta el dinero en esos objetos. Si, por ejemplo, hubiere deudas que pongan en peligro el patrimonio del pupilo, y éste no contare con fondos suficientes para su educación y subsistencia, muy bien podrá autorizarse al guardador para emplear el dinero en el pago de las deudas.

El juez debe proceder con mucha prudencia, no autorizando otra inversión del dinero sino en caso de evidente utilidad ó necesidad absoluta.

Art. 402. Es prohibida la donacion de bienes raices del pupilo, aun con previo decreto de juez.

Solo con previo decreto de juez podrán hacerse donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo; i no las autorizará el juez, sino por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, u otro semejante, i con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo, i que por ellas no sufran un menoscabo notable los capitales productivos.

Los gastos de poco valor para objetos de caridad, o de lícita recreacion, no están sujetos a la precedente prohibicion (*).

REFERENCIAS.

Donación. 1386.
Bienes raíces. 567.
Pupilo. 346.
El inciso 1°. 1445. 1682.
Dinero ú otros bienes muebles. 574. 567.

(*) Locré (E.) V. p. 214.—Pothier. Des Personnes. 166.—Dalloz. Minorité. 146. 577.—Laurent. V. 50. 98.—Demolombe. VII. 775-777.—Zachariae (A. R.) I. § 113.—Zachariae (M. V.) I. § 221. —Accarias. I. 148.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 443. Es prohibida la donacion de bienes raices del pupilo aun con previo decreto de juez.

Solo con previo decreto de juez podrán hacerse donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo; i no las autorizará el juez, sino por causa justa, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, u otra semejante, i con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo, i que por ellas no sufran un menoscabo grave los capitales productivos, aunque solo consistan en bienes muebles.

Las donaciones de poco valor para objetos de caridad, o de lícita recreacion, no están sujetas a la precedente disposicion (a).

C. E. 392. Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aun con previa autorización del juez.

Sólo con esta previa autorización podrán hacerse donaciones en dinero ú otros bienes muebles del pupilo; y no las autorizará el juez sino por causa grave, como la de socorrer á un consanguíneo necesitado, contribuír á un objeto de beneficencia pública, ú otro semejante, y con tal que sean proporcionadas á las facultades del pupilo y que por ellas no padezcan menoscabo notable los capitales productivos.

Los gastos de poco valor para objetos de caridad, ó de lícita recreación, no están sujetos á la precedente prohibición.

C. Arg. 450. Son prohibidos absolutamente al tutor, aunque el juez indebidamente lo autorice...:

(a) Es prohibida la donacion de bienes raices del pupilo, aun con previo decreto de juez.

Solo con previo decreto de juez podrán hacerse donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo; i no las autorizará el juez, sino por causa grave, como la de socorrer a un consanguineo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, u otra semejante, i con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo, i que por ellas no sufran un menoscabo notable los capitales productivos, aunque solo consistan en bienes muebles.

Los gastos de poco valor para objetos de caridad o de licita recreacion, no están sujetos a la precedente prohibicion. (Art. 443 del Proyecto Inédito.)

5° Disponer á título gratuito de los bienes de sus pupilos, á no ser que sea para prestacion de alimentos á los parientes de ello, ó pequeñas dádivas remuneratorias, ó presentes de uso...

P. de G. 245. No podrá el tutor donar ó remitir cosa ó derecho que pertenezca al menor, salvo lo dipuesto en los artículos 1241 y 1258.

C. C. 491.

C. M. 530. El tutor no puede hacer donaciones á nombre del menor.

C. de la L. 349. El tutor no puede en ningún caso disponer á título gratuito de los bienes muebles é inmuebles del pupilo, ó de ninguna parte de ellos.

C. Esp. 275. Se prohibe á los tutores :

1° Donar ó renunciar cosas ó derechos pertenecientes al menor ó incapacitado...

D. XXVII. III. 1. § 4. Praeterea si matrem aluit pupilli tutor, putat Labeo, imputare eum posse; sed est verius, non nisi per quam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli; utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit, et filius in facultatibus positus.

§ 5. Sed si munus nuptiale matri pupilli miserit, non eum pupillo imputatarum Labeo scripsit; nec per quam necessaria est ista muneratio.

XXVI. VII. 12. § 3. Quum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, in primis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam

§ 4. A más de esto, si el tutor del pupilo diere alimentos á la madre, juzga Labeón, que se le pueda hacer responsable á ellos; pero esto es cierto, si la madre no los necesitaba; porque estos se deben dar de lo que al pupilo le sobrare; porque debe concurrir uno y otro, que la madre esté necesitada, y el hijo los pueda dar.

§ 5. Si hiciere alguna donación á la madre por causa de sus bodas, no la deberá satisfacer el pupilo, según escribe Labeón; porque esta no es necesaria.

§ 3. Como el tutor no sólo se nombra para los bienes del pupilo, sino también para las costumbres, en primer lugar señalará salarios á los Preceptores, no lo menos que pueda, sino según las facultades de su patrimonio, y la dignidad de su nacimiento, y les dará ali-

exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit, solemnia munera parentibus cognatisque mittet; sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit, nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.

mentos á los siervos y á los libertos, y alguna vez á los extraños : si le es conveniente al pupilo, enviará los regalos acostumbrados á los ascendientes y parientes; pero no dará dote á la que es hermana de otro padre, aunque no pueda casarse de otra manera; pues aunque sea honesto, con todo se hace por liberalidad, que pende del arbitrio del pupilo.

COMENTARIO.

172. Este artículo encierra las siguientes importantísimas reglas :

I. Prohíbese la donación de bienes raíces del pupilo, aun con autorización de juez;

II. El juez puede autorizar las donaciones de bienes muebles, cuando concurran las siguientes circunstancias :

1ª Cuando hubiere causa grave;

2ª. Si son proporcionadas á las facultades del pupilo; y

3ª Si no se menoscaban notablemente los capitales productivos;

III. Los gastos de poco valor para objetos de caridad ó de lícita recreación, no se comprenden en la prohibición de este artículo.

173. Evidentísimo que entre las facultades administrativas del guardador no se comprende la de donar; porque la donación es esencialmente acto de dominio, y sólo el propietario puede disponer de sus bienes á título gratuito.

El Código de Napoleón guarda silencio en cuanto á las donaciones; y ni era necesario decir nada de un punto tan obvio; pues habiéndose determinado la regla general de que el guardador administra los bienes del pupilo, no hubiera podido él donar sino en caso de autorización expresa de la ley (58).

---

(58) " El tutor no puede disponer, á título gratuito, de los

El Código chileno no prohibe la donación de bienes raíces, sino porque en ciertos casos faculta al guardador

---

bienes del pupilo. Ninguna ley establece esta prohibición; no era necesario que el legislador la estableciese de una manera expresa : es consecuencia natural y evidente del principio que determina las atribuciones del tutor. Él no es sino administrador, y como tal no puede enajenar. El Código le permite vender los bienes del menor con los requisitos que determina; no le permite donar; luego el principio que le prohibe enajenar subsiste en cuanto á las liberalidades. Así era en el antiguo derecho aunque las atribuciones del tutor fuesen más extensas que hoy. Se admitía una excepción acerca de las gratificaciones y regalos que se acostumbraban dar á los criados, obreros, maestros; éstas no son en realidad liberalidades; porque no es posible dejar de hacerlas : las costumbres sociales exigen que se hagan, y pueden calificarse de gastos obligatorios. " (Laurent. V. 98.)

" El tutor no puede disponer á título gratuito de los bienes del menor ni con autorización del consejo de familia aún homologada; y sin embargo el Código guarda silencio á este respecto. ¿Por qué? Porque el caracter esencial de la tutela es el mandato. Él tutor es mero administrador ¿Y cómo pudiera disponer él administrador á título gratuito? Eso equivaldria á despojar de sus bienes al pupilo cuando la ley le prescribe que los conserve y que proceda en todo como buen padre de familia. Hay principios tan evidentes que el legislador no tiene necesidad de explicarlos. Tampoco pudiera el tutor donar indirectamente. Así, no pudiera remitir una deuda. La prohibición de donar no impide al tutor las liberalidades que se acostumbran como gratificaciones, regalos que, según nuestros hábitos sociales, constituyen no liberalidades sino deudas de decencia... : regalos á los preceptores, obreros, criados, parientes : *Solemnia munera parentibus cognatisque*. Estas insignificantes liberalidades deben hacerse con mesura : *Pro facultate patrimonii, secundum dignitatem facultatesque pupilli.* " (Dalloz. Minorité. 577.)

" El tutor no puede disponer á título gratuito de los bienes del menor; no lo puede ni con autorización del consejo de familia, aunque fuese homologada por la justicia; y, por otra parte, como ninguna ley autoriza al tutor para liberalidades síguese que no puede hacerlas... :

" El procurador aun *omnium bonorum et cum libera*, aun aquel cuyo mandato es muy extenso, no puede donar los bienes comprendidos en su gestión.

" Porque la donación no sólo es un acto de enajenación absoluta, un acto de *abusus* por excelencia, sino que traspasa los límites más extremos de la administración; además es una disposición proveniente de efecto íntimo y personal, y que no puede

para donar bienes muebles. Necesario, pues, que se contrapusiese la facultad de donar los bienes muebles á la prohibición concerniente á los raíces.

Ni la autorización judicial validara la donación, y siendo ésta nula, el pupilo pudiera reclamar dentro del respectivo plazo.

Y decimos dentro del respectivo plazo, porque la donación puede ser nula absoluta ó relativamente.

Si el inmueble donado vale más de dos mil pesos, fuera necesaria la insinuación, y, omitida, la nulidad no prescribe sino en treinta años; pues como la insinuación se refiere, no á la calidad de las personas, sino á la donación misma, el omitirla acarrea nulidad absoluta.

Si hubiere precedido la insinuación, ó si el inmueble donado valiere menos de dos mil pesos, la donación adolece de nulidad relativa, y la acción rescisoria prescribe en cuatro años.

---

emanar sino de la voluntad individual cuyas intenciones benéficas manifiesta.

" Ahora bien, el tutor, el consejo de familia, en una palabra todos los que componen la tutela no ejercen sino á manera de mandato; por general y extenso que se le suponga, no puede comprender las liberalidades. Digo liberalidades, y no sólo donaciones en forma, porque el tutor no puede directa ni indirectamente disponer á título gratuito de los bienes sean cuales fueren, muebles ó inmuebles.

" Y, por ejemplo, es evidente que no pudiera remitir una deuda.

" El principio en que se funda nuestra regla nos servirá al mismo tiempo para determinar su extensión.

" Asi como el procurador *omnium bonorum* es hábil para ciertas ligeras gratificaciones que pueden considerarse como pertenecientes á la administración, también puede el tutor conceder, como buen padre de familia, á nombre del menor esas exiguas remuneraciones, regalos, presentes, que, según nuestras costumbres y los usos universales de nuestra sociedad, constituyen, no liberalidades, sino deudas de decencia y de equidad, y que no se satisfacen sino de la renta : gratificaciones á los criados, á los obreros empleados por el pupilo; regalos á los preceptores, parientes...

" El tutor no necesita para eso de la autorización del consejo de familia; y esos gastos deben ser abonados, siempre que se hagan dentro de justos límites. " (Demolombe. VII. 775-776.)

Ya observamos, al comentar el art. 393, que la prohibición acarrea mera incapacidad; pues equivale á decirse que el pupilo, aun representado por el guardador y aun autorizado por el juez, es inhábil para donar bienes raíces.

Tan cierto es que la incapacidad se refiere exclusivamente á la persona del pupilo, que tan luego como éste cumple veinticinco años puede donar sus bienes raíces observando las solemnidades prescritas por la ley para la donación misma.

Observamos también, al comentar el art. 393, que el art. 402 es importantísimo, por cuanto evidencia que la autorización judicial es mera solemnidad habilitante, y que el fallo que la concede no pasa en autoridad de cosa juzgada.

174. II. Aunque peligrosa, era necesaria la facultad de donar bienes muebles concedida al guardador autorizado judicialmente; porque cuando concurren los requisitos enumerados por la ley, la donación es exigida por la equidad y aun por la más estricta justicia.

Muy bien puede suceder que el pupilo sea rico, y que tenga consanguíneos en extremo necesitados, entre los cuales puede contarse la madre misma del pupilo.

Cierto que éste debe darle alimentos congruos, pero ellos pueden no ser suficientes para proveer á otro género de necesidades, como la de pagar deudas que pongan en peligro la honra de la madre, la absoluta necesidad que ella tuviera de proveer á los gastos de educación y establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior.

Lo mismo sería si la donación tuviese un objeto eminentemente benéfico, como contribuír al establecimiento de un hospital, á una escuela, á socorrer á las víctimas de un incendio, terremoto, naufragio. El pupilo rico no puede quedar, por decirlo así, secuestrado de la sociedad; y para atender á las necesidades de ésta, es necesario donar.

La disposición nos parece muy propia del talento eminentemente ecléctico de D. Andrés Bello. El guardado que en efecto conozca sus deberes, no estará inclinado á las donaciones, porque la autorización de juez no le exoneraría de responsabilidad, si la donación contraviniese á la regla segunda.

175. III. Oscura es la redacción de la regla tercera. Si se

trata de meros gastos no hay donación, como por ejemplo, de un viaje de recreo, que sea compatible con las facultades del pupilo; este gasto no es donación. Si de obsequios, gratificaciones, regalos que exigen las costumbres en ciertos días y casos, era necesaria una disposición análoga á la del art. 2139 : " En la inhabilidad del mandatario para donar, no se comprende naturalmente las ligeras gratificaciones que se acostumbran hacer á las personas de servicio ". Esos obsequios, regalos, gratificaciones están comprendidos en las facultades administrativas, del guardador, porque las exigen las relaciones de familia, la decencia, y aun la necesidad, pues sin ellas no estaría bien servido el pupilo por los artesanos, jornaleros, criados, etc. etc.

Art. 403. La remision gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donacion (*).

REFERENCIAS.

Remisión. 1652.
Derechos. 575.
Donación. 1386.
Todo el artículo. 1397. 1653.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 444. La remision gratuita de un derecho actual o eventual se sujeta a las reglas de la donacion.
C. E. 393.
C. Arg. 443. El tutor necesita la autorizacion del juez para los casos siguientes...:
9°. Para remitir créditos á favor del menor, aunque el deudor sea insolvente.....
P. de G. 245 (Véanse las *Concordancias* del art. 402.)
C. C. 492.

(*) Demolombe. VII. 665. 666.

COMENTARIO.

176. Si atendemos al sistema del Código chileno, esta disposición es de todo punto nugatoria, porque la ley declara que la remisión se somete á las reglas de las donaciones.

Según el art. 1653 la remisión que procede de mera liberalidad está en todo sujeta á las reglas de donaciones entre vivos, y según el art. 1397 hace donación el que remite una deuda.

Luego, si la remisión es donación, se comprende en la prohibición determinada en el art. 402.

Habla la ley de remisiones meramente gratuitas, porque si proceden ellas de transacción, son aplicables las reglas del art. 397.

Art. 404. El pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial, que solo autorizará esta fianza a favor de un cónyuje, de un ascendiente o descendiente lejítimo o natural, i por causa urjente i grave.

REFERENCIAS.

Pupilo. 346.
Obligarse. 1437.
Fiador. 2335.
Ascendiente ó descendiente. 27.
Legítimos. 28.
Naturales. 36. 270.
Todo el artículo. 1445. 1447. 1448. 1581. 1682.

CONCORDANCIAS.

C. E. 394. El pupilo no puede obligarse como fiador sin previa decisión judicial, la cual sólo podrá darse cuando la fianza fuere á favor de su cónyuge, ó de un ascendiente ó descendiente legítimos ó naturales, y por causa urgente y grave.

C. C. 493.

C. Arg. 450 Son prohibidos absolutamente al tutor, aunque el juez indebidamente lo autorice... :

9° Obligar á los pupilos, como fiadores de obligaciones suyas ó de otros.

COMENTARIO.

177. I. El pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial;

II. El juez no puede autorizar la fianza, sino á favor del cónyuge, de un ascendiente legítimo ó natural, y por causa urgente y grave.

178. Ningún contrato más peligroso que la fianza; pues el fiador hace suya la obligación contraída por otra persona.

Tanto más peligrosa la fianza, cuanto el servicio es prestado á personas ligadas por estrechos vínculos de parentesco y amistad; y muy difícil, casi imposible denegarse á un servicio cuando somos inducidos á él, no por el cerebro, sino por el corazón.

Considerado el asunto en su aspecto esencialmente jurídico, la fianza no puede en ningún caso considerarse como acto de mera administración, y la facultad concedida al juez nos parece en extremo peligrosa. Hubiera sido conveniente que la ley ó bien guardara silencio, ó bien prohibiese al guardador el constituírse fiador á nombre del pupilo.

Los requisitos mismos que se exigen para la autorización, lejos de obstar á los peligros, vuelve la fianza más peligrosa. Si el caso es urgente y grave, si hay las más íntimas relaciones de parentesco entre el pupilo y la persona á cuyo favor se rinde la fianza; si el guardador, acaso también pariente de la misma persona, no se denegare al contrato accesorio; el juez concederá la autorización, y el pupilo puede quedar arruinado para siempre á causa de una garantía concedida por el guardador en un arrebato de impremeditada compasión.

Si el pupilo dona, y el juez autoriza, determínanse los límites de la donación, y ésta no arruina al pupilo. " La donación ", dice la ley, " debe ser por causa grave, pro-

porcionada á las facultades del pupilo, y no debe menoscabar notablemente los capitales ". Mas si se constituyere fianza, en muchos casos no es posible fijar la cuantía, porque entonces no se favorece á la persona necesitada. Luego, la ley faculta al guardador y al juez para poner en peligro los bienes del pupilo, y para que éste redima las necesidades de personas que acaso por dilapidación han caído en insolvencia.

Si esta disposición no ha surtido hasta ahora los más perniciosos efectos, proviene de que como, lo hemos observado muchas veces, tratándose de los derechos de familia, más influencia que la ley tienen la moral y las costumbres: el guardador que expusiera en una fianza todo el patrimonio del pupilo, incurriría en caso de menos valer, y fuera arrojado de la sociedad como un leproso. Pero la disposición en sí misma es absurda y aún monstruosa, como que contradice al sistema de la legislación concerniente á los pupilos. La ley se propone á todo trance protegerlos. El guardador responde hasta de culpa leve en el desempeño de su cargo; no puede enajenar los bienes raíces, por insignificante que sea su precio, sin autorización judicial concedida mediante la prueba de necesidad absoluta ó utilidad evidente..... Cuántas precauciones para la partición de bienes y para la transacción, y de una plumada la ley lo borra todo autorizando al guardador y al juez para que sin medida ni límites pueda constituírse fianza á favor de una persona necesitada, que la implora! D. Andrés Bello no comprendió este artículo en su Proyecto, y los reformadores han procedido como un avaro que escatima los gastos en las más premiosas necesidades, y que en una noche expone todo su patrimonio á los caprichos de la loca fortuna que en un tapete verde arroja un par de dados!

Art. 405. Los deudores del pupilo que pagan al tutor o curador, quedan libres de todo nuevo pago (*).

REFERENCIAS.

Pupilo. 346.
Pagan. 1568.
Tutor ó curador. 341. 342.
Todo el artículo. 1576. 1579.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 445. Los deudores del pupilo que pagan al tutor o curador, quedan libres de todo nuevo pago, aunque se pruebe haberse despues perdido o malbaratado el dinero; a menos de probarse que, sabiendo el mal estado de los negocios del tutor o curador, hicieron el pago sin decreto de juez que los compeliese a ello (a).

C. E. 395.

C. C. 494.

C. A. 234. El tutor no es hábil para recibir el pago de un capital del menor. Los deudores del pupilo, antes de pagar, deben exigir que el tutor exhiba la autorización de recibir el dinero, y no les basta la carta de pago del tutor. Tienen además la facultad de pagar directamente al tribunal.

COMENTARIO.

179. Nos parece de todo punto innecesaria la disposición de este artículo, porque entre las facultades administrativas se cuenta precisamente la de recibir el pago de lo que se deba al mandante ó al pupilo. Luego, si el pago es válido los deudores quedan libres (59).

(*) Pothier. Personnes. 165. 166.—Dalloz. Minorité. 449. 450. —Laurent. V. 52.—Demolombe. VI. 661.—Zachariae (A.R.) I. § 113.—Maynz. III. § 347.

(a) Los deudores del pupilo que pagan al tutor o curador, quedan libres de todo nuevo pago. (Art. 445 del Proyecto Inédito.)

(59) " El tutor es quien debe recibir todo lo que se deba al

Bello juzgó necesario dietar esta disposición porque según el Derecho romano novísimo se restringieron las facultades del guardador respecto á los créditos que pasaban de cierta cuantía (60).

Art. 406. El tutor o curador deberá prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga con ellas en la plaza.

Podrá, si lo estimare preferible, emplearlo en la adquisicion de bienes raices.

Por la omision en esta materia, será responsable del lucro cesante, en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo pudo emplearse con utilidad manifiesta i sin peligro (*).

---

pupilo: no sólo las rentas, frutos ó intereses, sino los capitales y la redención de rentas.

" Recibir el pago de créditos es un acto de administración, y aún un acto necesario que se comprende en el mandato general del tutor; y como ninguna ley le impone à este respecto la obligación de pedir la *autorización* del consejo de familia ; como, al contrario, se deduce del artículo 464 que puede intentar las acciones muebles, y por consecuencia perseguir á los deudores por el pago, tenemos razón al afirmar que es hábil para recibirlo.

" Dedúcese también que puede dar cartas de pago á los deudores, á los fiadores, consentir en la cancelación de las inscripciones de privilegios ó hipotecas que aseguran el crédito cuyo pago reciben, y aún intervenir como acreedor, á nombre del pupilo, en el convenio que termina el concurso.

" Los deudores no pudieran exigir que se coloque el dinero, ni denegarse á entregárselo alegando insolvencia del tutor. " (Demolombe. VII. 671.)

(60) " Antiguamente podia el tutor recibir el pago de los créditos del pupilo y conferir recibo. Según una constitución de Justiniano, debió ser autorizado por juez competente, excepto para las rentas ordinarias de tres ó más años, cuyo monto no pasará de cien sueldos. " (Maynz. III. § 347.)

(*) Locré. VII. 143. art. 68-190. 35-205. art. 66. 67-190. 35. —Locré (E). Arts. 455. 456.—Pothier. Personnes. 176-178.—Dalloz. Minorité. 452. 459-472. 490. 632. 635.—Toullier. II. 1213-1228.—Laurent. V. 28. 35. 39. 55. 59-61. 117. 172. 173.—

REFERENCIAS.

Tutor ó curador, 341. 342.
Dinero. 575.
Pupilo. 346.
Seguridades. 46,
Interés corriente. 2206.
Bienes raices. 568.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 446. El tutor o curador deberá prestar al interés corriente de plaza el dinero ocioso del pupilo, con buenas seguridades.

Podrá, si lo estimare preferible, ponerlo en los fondos de la deuda del Estado, o emplearlo en la adquisicion de bienes raíces, o en especulaciones mercantiles o industriales seguras.

Por la omision en esta materia será responsable de lucro cesante, en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo pudo emplearse con utilidad manifiesta i sin peligro (a).

C. E. 396. El tutor ó curador deberán prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga con ellas en la plaza.

Pero si lo estimaren preferible, podrán emplearlo en la adquisición de bienes raíces.

Por omisión en esta materia, serán responsables de los intereses corrientes.

Demolombe. VII. 611-621. 669. 670. 676. 677.—Zachariae (A.R.) I. § 112. 120.—Zachariae (M.V.) I. § 219. — Demante. II. 213-213 bis. VII.—Duranton. III. 562-564.—Delvincourt. I. p. 452. (F).—Febrero. I. 161. 9.—Ortolan. II. 233.—Maynz. III. § 347. — Accarias. I. 142. 149.

(a) El tutor o curador deberá prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga con ellas en la plaza.

Podrá, si lo estimare preferible, emplearlo en la adquisicion de bienes raíces, o en especulaciones mercantiles o industriales seguras.

Por la omision en esta materia, será responsable de lucro cesante, en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo pudo emplearse con utilidad manifiesta i sin peligro. (Art. 446 del Proyecto Inédito.)

C. de N. 455. Ce conseil déterminera positivement la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense : cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi.

456. Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il devra, après le délai exprimé dans l'article précédent, les interêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit.

455. El consejo determinará positivamente la suma que, reunida, deba comenzar, para el tutor, la obligación de colocar el sobrante de las rentas deducidos los gastos : la colocación se efectuará dentro de seis meses, y, transcurridos sin hacerlo, el tutor adeudará los intereses.

456. Si el tutor no ha hecho determinar por el consejo de familia la suma que, reunida, debe comenzar á colocarse, adeudará, transcurrido el plazo determinado en el artículo precedente, el interés de toda la suma no colocada, por módica que sea.

C. Arg. 424. Si hubiese sobrante en las rentas del pupilo, el tutor deberá colocarlo á interés en los bancos ó en rentas públicas ó adquirir bienes raíces con conocimiento y aprobacion del juez de la tutela.

450. Son prohibidos absolutamente al tutor, aunque el juez indebidamente lo autorice... :

8. Prestar dinero de sus pupilos, por mas ventajosas que sean las condiciones.

P. de G. 228. Cuando resultase sobrante en el patrimonio alguna cantidad considerable de dinero, despues de cubiertas todas las atenciones y cargas de la tutela, el consejo de familia determinará el empleo que haya de dársela en beneficio del menor.

Si por omision ó culpa del tutor no se emplease el dinero sobrante, responderá de sus intereses legales.

C. C. 495.

C. P. 346. Todos los guardadores, sin excepcion alguna, estan obligados... :

8° A capitalizar, despues de cubiertos los gastos naturales, el sobrante de frutos, para que produzca nueva renta en beneficio del menor.

C. M. 514. El dinero que resulte sobrante después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela; el que pro-

ceda de las redenciones de capitales, y el que se adquiera de cualquiera otro modo, será impuesto por el tutor, dentro de tres meses contados desde que se hubieren reunido dos mil pesos, sobre segura hipoteca calificada bajo su responsabilidad, teniendo en cuenta el precio de la finca, sus productos y la depreciación que pueda sobrevenir al realizarla.

515 Si para hacer la imposición dentro del término señalado en el artículo anterior, hubiere algun inconveniente grave, el tutor lo manifestará al juez, quien podrá ampliar el plazo por otros tres meses.

C. de la L. 341. El tutor debe colocar, á nombre del pupilo, el sobrante de la renta después de cubiertos los gastos, si ese sobrante monta á quinientos dollars. Si no lo emplea, debe el máximum del interés que es permitido estipular.

C. Esp. 273. El tutor responde de los intereses legales del capital del menor cuando, por su omisión ó negligencia, quedare improductivo ó sin empleo.

C. A. 230. El dinero que no se invierta en los gastos de educacion y subsistencia, y en el pago de las deudas, se colocará con hipoteca que asegure con el precio de la mitad del fundo, si éste es urbano, ó los dos tercios, si es rústico. Puede colocarse también en casas públicas que paguen intereses.

D. XXVI. VII, 7. § 3. Si post depositionem pecuniae comparare praedia tutores neglexerunt, incipient in usuras conveniri. Quamquam enim a Praetore cogi eos oportet ad comparandum, tamen, si cessent, etiam usuris plectendi sunt tarditatis gratia, nisi si per eos factum non est, quominus compararent.

§ 4. Pecuniae, quam in usus suos converterunt tutores, legitimas usuras praestant, sed hoc ita demum, si evidenter doceantur pecuniam in usus suos conver-

7. § 3. Si después de haber depositado el dinero los tutores no quisieren comprar predios, desde este tiempo podrán ser reconvenidos por las usuras, aunque es conveniente que el Pretor los obligue á comprarlos y si no lo hicieren, también han de ser condenados por la morosidad, á no ser que no consista en ellos el no comprarlos.

§ 4. Por la cantidad que los tutores invirtieron en sus propios usos, pagarán las usuras legítimas : esto se entiende si manifiestamente se justificare que convirtie-

tisse. Ceterum non utique, qui non foeneravit, vel non deposuit, in suos usus vertit; et ita Divus Severus decrevit. Doceri igitur debet, in usus suos pecuniam vertisse.

§ 5. Vertisse in suos usus non accipimus eum, qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipse sibi non solvit; hic enim eas usuras praestabit, quas patri promiserat.

§ 6. Si tutor pecuniam pupillarem suo nomine foeneravit ita demum cogetur usuras, quas percepit, praestare si suscipiat pupillus ceterorum nominum periculum.

§ 7. Si deponi oportet pecunias ad praediorum comparationem, si quidem factum est, usurae non current; sin vero factum non est, si quidem nec praeceptum est, ut deponantur, pupillares praestabuntur; si praeceptum est, et neglectum, de modo usurarum videndum est. Et solent Praetores comminari, ut, si non fiat depositio, vel quanto tardius fiat legitimae usurae praestentur; si igitur comminatio intersessit, iudex, qui quandoque cognoscet, decretum Praetores sequetur.

§ 8. Idem solent facere Praetores etiam circa eos tutores, qui negant habere ad allendos pupillos penes

ron el dinero en sus propios usos; pero ciertamente no invierte en sus propios usos el que no lo da á usuras, ó no lo deposita : así lo determinó el Emperador Severo : se debe justificar que lo convirtió en sus propios usos.

§ 5. No entendemos que lo convirtió en sus propios usos, el que era deudor del padre del pupilo, y no le pagó inmediatamente; pues este pagará las mismas usuras que había prometido al padre.

§ 6. Si el tutor dió á usuras en su nombre el dinero del pupilo, se le obligará á su cargo la pérdida de los demás créditos.

§ 7. Si es conveniente que se deposite el dinero para comprar predios, y se hizo, no correrán las usuras, pero si no se hizo, ni se mandó depositar, y no se obedeció, se ha de ver en cuanto al modo de las usuras. Los Pretores suelen amenazar, que si no se desposita, ó si en esto hubiere morosidad, se paguen las usuras legítimas : esto supuesto, si hubo esta conminación, el Juez que conociere de ello ejecutará el decreto del Pretor.

§ 8. Lo mismo suelen hacer los Pretores respecto de los tutores que niegan tener fondos para alimentar á los

se aliquid, ut quidquid constiterit penes eos esse eius gravissima usura pendatur; et hoc persequi oportere iudicem palam est, cum et alia poenae adiectione.

§ 9. Resididuarum autem summarum pupillares usuras pendi oportet.

§ 10. Quae autem sunt pupillares usurae videndum est; et aparet, hanc esse forman usurarum, ut eius quidem pecuniae, quam quis in usus suos convertit, legitimam usuram praestet. Sed et si negavit, apud se essse pecuniam, et Praetor pronuntiavit contra eum, legitimas solvere debedit, vel si moram depositioni fecit, et Praetor irrogavit ei legitimas. Sed et si, dum negat aliquam quantitatem penes se esse, pupillis ad onera sua expedienda imposuit necessitatem mutuam pecuniam legitimis usuris accipiendi, tenebitur in legitimis; item si a debitoribus legitimas exegit. Ex ceteris causis secundum morem provinciae praestabit usuras aut quincunces, aut trientes, aut si quae aliae leviores in provincia frequentatur.

§ 11. Usurae a tutoribus non statim exiguntur, sed interiecto tempore ad exigendum et ad collocandum duum mensium; idque in iudicio tutelas servari solet.

pupilos, pues de todo lo que constare que tienen en su poder, pagarán las mayores usuras; y es claro que esto lo debe hacer el Juez de oficio, con la imposición de otra pena.

§ 9. De las demás sumas, se deben pagar usuras pupilares.

§ 10. Se ha de ver cuáles son usuras pupilares; y aparece cuál es la forma de las usuras, que de aquella cantidad que convirtió en sus usos alguno pague las usuras legítimas; y si negare que tiene dinero en su poder, y el Pretor determina contra él, deberá pagar las legítimas : ó si fue moroso en depositarlo, el Pretor también le condenará á las legítimas. Mas si por negar que tiene en su poder alguna cantidad, tuvo necesidad el pupilo de recibir dinero en mutuo, pagando las usuras legítimas, para mantener sus obligaciones, se obligará á las legítimas. Lo mismo se dirá si cobra las legítimas de los deudores. Por las demás causas pagará usuras, según la costumbre de la provincia, ó la quinta parte, ó la tercera de ciento, ó si en la provincia se pagan algunas otras menores.

§ 11. Las usuras no se cobran inmediatamente de los tutores sino pasado algún tiempo para pedirlas, y dos meses para imponer el dinero, y así se suele practicar

Quod spatium seu laxamentum temporis tribui non oportet his, qui numus impuberum vel adolescentium in suos usus converterunt.

§ 12. Si usuras exactas tutor vel curator usibus suis retinuerint, earum usuras agnoscere eos oportet; sane enim parvi refert, utrum sortem pupillarem, an usuras in usus suos converterint.

en las tutelas; porque no es conveniente dar más tiempo á los que aplican para sus propios usos el dinero de los pupilos y menores.

§ 12. Si el tutor ó el curador retuviere para sus propios usos las usuras de ellas; porque á la verdad importa poco que aplique á sus propios usos el principal ó las usuras de él.

COMENTARIO.

180. I. El guardador debe prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades al interés corriente que se obtenga con ellas en la plaza.

II. Si lo estimare preferible, podrá emplearlo en adquisición de bienes raíces;

III. Por la omisión en esta materia será responsable del lucro cesante.

181. El Derecho romano había prescrito que el guardador invirtiese el dinero del pupilo dentro de los seis meses subsiguientes al ejercicio del cargo, y durante éste, dos meses después de haberlo recibido.

El Código de Napoleón dispone que el consejo de familia determine la cantidad que, reunida, deba darse a interés (61).

---

(61). ,, Discútese el artículo 69 (a).

M. Bigot-Préameneu. " En cuanto á la última disposición de

(a) " Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, autre que celle des père et mère, le conseil de famille réglera, selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense, et la peine des intérêts en cas de non emploi.

" A défaut par le tuteur d'avoir fait expliquer sur ce point le conseil de famille, il devra au moment de la recette, les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit."

El Código chileno no fija reglas en cuanto al plazo dentro del cual deba colocarse el dinero ni respecto de la cantidad; pues se limita á ordenar que se preste el dinero ocioso al interés que con las mejores seguridades puedan obtenerse en la plaza.

Dinero ocioso es el sobrante que hubiere después de proverse todos los gastos del pupilo.

La colocación depende de las circunstancias de cada plaza. Las sumas de dinero en extremo exiguas no pueden prestarse al interés corriente ni con seguridades.

En caso de controversia el guardador no sería responsable sino cuando concurren dos circunstancias:

1ª Que el dinero pueda colocarse á un interés determinado; y

2ª Que sea posible exigir seguridades mediante las cuales se haga efectivo el cobro tan luego como el plazo se venza.

El guardador debe examinar necesariamente la solvencia del deudor y la caución que asegure completamente el pago; prenda, si la suma es módica y el dinero se presta por poco tiempo; hipoteca, si la cantidad es de consideración y el plazo largo. El guardador es responsable de la culpa leve, é indemnizará toda pérdida proveniente de la falta de seguridades.

Si bien los deudores del pupilo son incapaces de desempeñar la guarda, puede suceder que el tutor ó curador testamentario sea deudor, ó que siendo de poca monta la deuda, el juez haya conceptuado que no obsta ella al ejercicio del cargo. Entonces el guardador tendrá la estricta obligación de dar por pagada la cantitad que deba el pu-

---

este artículo debo recordar que el derecho actual concede al tutor el plazo de seis meses para colocar los fondos. "

M. Berlier. " El tutor puede exonerarse de responsabilidad, manifestando al consejo de familia los obstáculos que se le oponen para colocar el dinero con más ó menos celeridad. "

El Cónsul Cambacérès. " Si no se concede al tutor plazo suficiente para colocar con seguridad y ventaja, se le expone á colocar mal.

" Acéptase el artículo con la reforma propuesta por M. Bigot-Préameneu. " (Locré. VII. 190. 35.)

pilo el día mismo en que se venza al plazo; y si no lo hiciere, será responsable de los intereses corrientes desde el día en que se hubiera podido prestar la suma de dinero.

La regla según la cual los intereses no producen interés no es aplicable al presente caso, pues tenemos la especialísima de que debe invertirse el dinero ocioso del pupilo, y los intereses que á éste se adeudan son en realidad de verdad dinero ocioso, desde el día mismo en que el guardador, por negligencia, no lo hubiere cobrado (62).

---

(62) " La aplicación de los artículos 353 y 456 origina una *capitalización sucesiva de las rentas pupilares excedentes*, y una cuenta especial, que se llama cuenta por *echelette*, á la que no *se aplican las reglas relativas al anatocismo.* " (Zachariae. A. R. I. § 112.)

" El orden cronológico, esto es, exactamente el de las fechas, es de todo punto necesario para distinguir lo que debe producir intereses y desde qué día comienzan á correr. Año por año se hace el cálculo de los gastos y las entradas, para que el *exceso produzca intereses al año siguiente;* y como los intereses del año precedente se comprenden en el exceso de los productos sobre los gastos, dedúcese que el tutor *paga intereses de intereses*, si ha omitido emplear el dinero del pupilo; lo cual es una consecuencia necesaria de los artículos 455 y 456. " (Toullier. 11. 1262.)

" Los intereses anuales son rentas para el menor, y el exceso de esas rentas forma parte de la suma en que comienza, para el tutor, la obligación de emplearla; algunas veces ese exceso mismo forma íntegramente aquella suma; de donde se deduce que *los intereses forman anualmente, para el menor, un nuevo capital que debe producir intereses á su turno.* Cuando la cuenta se rinde, se forma un cálculo por *echelette,* que puede crecer, al cabo de cierto tiempo, en una progresión considerable, pero al tutor es á quien incumbe estipular con terceros á quienes da á interés, que los intereses se han de pagar año por año, y exigir regularmente el pago ó la conversión de un nuevo capital que produce intereses como el primero : admítese en tal caso el *anatocismo,* y se efectúa de derecho á favor del pupilo contra el tutor ". (Duranton. 111. 564.)

" Nótese :

" 1° Que se concede al tutor el plazo de seis mes sólo para darle tiempo de colocar el capital, y no para que obtenga lucro. Luego, si lo ha colocado antes que expiren los seis meses, debe los réditos desde el día de la colocacion... :

2° Que los *intereses* recibidos por el tutor y los que *puede*

182. Faculta la ley al guardador para que emplee el dinero ocioso del pupilo en la adquisición de bienes raíces. Luego, libre es el guardador para optar entre el préstamo

---

haber, ya por no haberlos empleado, ya por un empleo tardío, forman en su poder capitales, cuyos intereses se deben, á falta de empleo, como acaba de observarse respecto de los capitales mismo. " (Delvincourt. 1. p. 452. 7.)

" El tutor *debe intereses de los intereses* cuando éstos constituyen un excedente de las rentas sobre los gastos. En efecto, los intereses son rentas; deben comprenderse cada año en la cuenta que establece el balance de las entradas y de los gastos; el exceso, si el monto se ha fijado por el consejo de familia, debe colocarse á interés en seis meses, transcurridos los cuales el tutor *debe interes* por falta de colocación. Luego, debe intereses de los intereses comprendidos en el exceso, si no los ha prestado. Maleville observa que esta disposición es muy severa y puede ser ruinosa para el tutor, si no efectúa el préstamo como la ley prescribe, porque los intereses capitalizados producen nuevos intereses, y así sucesivamente. Por rigorosa que la ley sea, *los tribunales deben aplicarla y la aplican.* " (Laurent. V. 34.)

" El consejo de familia debe determinar positivamente, dice el artículo 455, la suma en que comience, para el tutor, la obligación de prestar el exceso de la renta sobre los gastos. Los gastos de un menor no son, por lo general, muy considerables; y por insignificantes que sean sus bienes de fortuna, el monto de las rentas excede casi siempre de la suma necesaria para sus necesidades personales y para la administración de sus bienes. Luego, una buena gestión exige no sólo conservar ese exceso, sino considerarlo como un *capital* que debe aumentar, año por año, el patrimonio del menor y *producir intereses*. Hé aquí precisamente el secreto del maravilloso aumento de los bienes pupilares, en esa capitalización sucesiva, en esa cuenta por *echelle* ó *echelette* de los intereses de cada año.

" Así, los tutores deben ser muy solícitos, y prestar, en las épocas determinadas, el exceso de los intereses; de otra manera deberían personalmente cada año los *intereses de los intereses*; es decir pondrían en su propio patrimonio un germen de ruina de los más activos y desastrosos. " (Demolombe. VII. 611.)

" El tutor *debe los intereses de los intereses anuales* que recibe, cuando ellos, solos ó reunidos con otra suma sean suficientes para un préstamo. En efecto, los intereses que el tutor recibe forman un nuevo capital que debe utilizarse; y por tanto el *anatocismo es lícito en las relaciones de pupilo á tutor*. Después de seis meses se hace, cuando la revisión de la cuenta, un cálculo por *echelle* ó acumulación, que puede, á no dudarlo, al cabo de cierto tiempo aumentarse en una proporción portentosa;

á interés ó la adquisición de bienes raíces; por cuanto si bien el dinero se coloca á un interes mayor que la renta producida por los predios, el adquirirlos tiene la ventaja de asegurar así la propiedad como una renta estable y permanente.

La ley no autoriza al guardador sino para emplear el dinero prestándolo á interés ó en adquirir bienes raíces.

Cualquier otra inversión que el guardador diese al dinero no surtiría efecto en cuanto al pupilo, porque no se comprendriera en las facultades administrativas del guardador. Así, por ejemplo, aun cuando conceptuase el guardador que ninguna inversión es más lucrativa que la compra de acciones en un banco de descuento ó en uno hipotecario; tal compra, si se efectuase, sería nula, y el pupilo tuviera derecho para exigir al guardador así el dinero como los intereses corrientes y los intereses de los propios intereses, que capitalizados hubieran podido prestarse de nuevo con seguridades.

La ley no autoriza al guardador, en cuanto á la adquisición de bienes raíces, sino para emplear en ella el dinero, y, por consecuencia, no sería acto administrativo del guardador el comprarlos á crédito.

La compra de bienes raíces pagando intereses por el precio no se diferencia, en cuanto á su resultado, de recibir dinero á intereses, y ya lo hemos observado que entre las facultades administrativas del guardador no se cuenta la de tomar dinero á mutuo (63). Luego, la compra de bienes raíces á plazo sería nula; mientras la guarda subsista, el

---

pero al tutor incumbe estipular con los terceros á quienes presta dinero que los intereses se paguen año por año, y exigir rigurosamente el pago ó la conversión en un nuevo capital que produzca intereses como el primero. " (Dalloz. Minorité 370.)

(63) " Pregúntase si puede el tutor, sin consultar al consejo de familia, comprar un inmueble sin tener el dinero para pagar el precio. El tutor tiene derecho para emplear los fondos disponibles, pero cuando estos fondos faltan, no hay colocación. El tutor empeñaría por tal operación los bienes del menor, aun los inmuebles, y para eso no tiene derecho. En efecto, si al vencimiento el tutor no pudiera pagar el precio del inmueble, los bienes del pupilo, inmuebles ó capitales, pudieran com-

pupilo, por medio de un curador especial, pudiera solicitar la nulidad, ó cuando cese la incapacidad exigir que se declare que el inmueble pertenece al guardador, el cual es responsable de los capitales invertidos, de los intereses corrientes y aún de los intereses de intereses.

183. La ley constituye al guardador responsable del lucro cesante, el cual consiste en la ganancia que ha dejado de obtenerse. El lucro cesante en este caso son los intereses corrientes.

El Código chileno incurre en la omisión de no determinar los intereses corrientes. Exactísima nos parece la definición que da el art. 2193 del Código ecuatoriano : " Llámase interés corriente el que se cobra en la plaza, siempre que no exceda del máximum del interés convencional que puede estipularse. "

Art. 407. No podra el tutor o curador dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del pupilo por mas de ocho años, ni de los urbanos por mas de cinco, ni por mas número de años que los que falten al pupilo para llegar a los veinte i cinco.

Si lo hiciere no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo o para el que le suceda en el dominio del predio, por el tiempo que escediere de los límites aqui señalados (*).

---

prometerse. Luego, si la adquisición se hubiese hecho á crédito por un tutor que hubiese contado muy fácilmente con entradas que no se han efectuado, parece que, en este caso el menor pudiera rechazarla, si le fuese ruinosa; porque imponiéndose al tutor la obligación de colocar el exceso de las rentas, parece que la ley prohibe virtualmente colocarlas cuando no hay renta disponible : hubiera un abuso de atribuciones, si el tutor no hubiese exigido que se le autorizase legalmente, porque tal acto pudiera ser más oneroso para el pupilo que el préstamo ó la enajenación. " (Dalloz. Minorité. 460.)

(*). Pothier. Personnes. 180.—Merlin. Tutelle. Sect. V. § I. n. III.—Dalloz. Minorité. 475-480. 483.—Troplonge, Louage. I.

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Arriendo. 1915.
Predios rústicos. 568.
Pupilo. 346.
Veinticinco. 297. 298.
Dominio. 581.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 447. No podrá el tutor o curador dar en arriendo ninguna parte de los bienes del pupilo por mas de cinco años; i si lo hiciere, no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo, sino por el tiempo que, cuando cese el estado de pupilaje, o cuando pase a otro dueño la propiedad de la cosa arrendada, faltare todavía para la expiracion del quinquenio (a).

C. E. 397. No podrán el tutor ó curador dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del pupilo por más de ocho años, ni de los urbanos por más de cinco, ni por más años que los que falten al pupilo para llegar á los veintiuno.

Si lo hicieren, no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo, ó para el que le suceda en el dominio del predio, por el tiempo que excediere de los límites aquí señalados.

C. de N. 1718. Les articles du titre du *Contrat de mariage et de Droits respectifs*

1718. Los artículos del título del *Contrato de matrimonio y de los Derechos mu-*

---

143. 157.—Laurent. V. 45-49.—Demolombe. VII. 638-643. 742. —Zachariae (A. R.) I. § 113.—Zachariae (M. V.) I. 221.—Duranton. III. 545-548.—Demante. II. 221-221 bis. II.—Huc. III. 381.

(a) No podrá el tutor o curador dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del pupilo por mas de ocho años, ni de los urbanos por mas de cinco, i con tal que ninguno de estos términos exceda al de la edad de veinte i cinco años del pupilo.

Si lo hiciere, no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo o para el que le suceda en el dominio del predio, por el tiempo que excediere a los límites aquí señalados. (Art. 447 del Proyecto Inédito.)

des époux, relatifs aux baux des biens de femmes mariées, sont applicables aux baux des biens des mineurs.

tuos de los cónyuges, relativos á los arrendamientos de los bienes de mujeres casadas, son aplicables á los arrendamientos de los bienes de menores.

C. Arg. 443. El tutor necesita la autorización del juez para los casos siguientes... :

10. Para hacer arrendamientos de bienes raíces del menor que pasen del tiempo de cinco años. Aun los que se hicieran autorizados por el juez llevan implícita la condicion de terminar á la mayor edad del menor, ó antes si contrajere matrimonio, aun cuando el arrendamiento sea por tiempo fijo...

P. de G. 237. Los arrendamientos hechos por el tutor se gobernarán por lo que se dispone en el artículo 1289, respecto del marido.

C. C. 496.

C. M. 525. El tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del menor por mas de nueve años, sino en caso de necesidad ó utilidad, previos el consentimiento del curador y la autorizacion judicial; observándose en su caso lo dispuesto en el art. 519.

C. A. 233. Todos los actos del tutor que no sean de pura administración deben ser autorizados por el tribunal. Así no puede celebrar el contrato de arrendamiento...

COMENTARIO.

184. I. No puede el guardador dar en arrendamiento los predios rústicos del pupilo por más de ocho años ni los urbanos por más de cinco;

II. Si el pupilo estuviere próximo á salir de la menor edad, el arrendamiento no podrá en ningún caso exceder del tiempo que para ello falta al pupilo;

III. Si se contraviene á cualquiera de las dos reglas precedentes, el arrendamiento no será obligatorio al pupilo ni á la persona que suceda en sus derechos, sino en los límites aquí señalados.

185. El arrendamiento es uno de los actos comprendidos en la administración del guardador, y la ley no habla de

este contrato sino para restringir, por motivos especiales, las facultades administrativas.

Si bien el arrendamiento hasta por nueve años es acto de mera administración, la ley, que vela por los intereses de los pupilos, prescribe que no pase de ocho años el de los predios rústicos ni de cinco el de los urbanos; ya porque si el arrendamiento consta de escritura pública, el comprador está obligado á respetarlo, y ello menoscaba el precio de los inmuebles; ya porque, vencido el período de ocho ó cinco años, puede conseguirse que el arrendamiento se renueve sobre bases más vetajosas.

186. Cuando el pupilo está próximo á salir de la menor edad, su conveniencia exige que tan luego como se halle en aptitud de administrar sus bienes, se le entreguen todos los que le pertenecen. De ahí que el arrendamiento no puede exceder de este tiempo.

187. El arrendamiento estipulado por mayor tiempo no adolece de nulidad; expira el día señalado en las reglas primera y segunda; de manera que si el pupilo lo estima conveniente, puede exigir que continúe el contrato hasta que transcurra el término estipulado; pues la restricción legal se ha establecido en su beneficio (64).

---

(64) " Si el tutor arrienda por más de nueve años, ¿es nulo el arrendamiento? Evidente que el arrendatario no pudiera pedir la nulidad, aunque la hubiera, porque la ley no limita la duración del arrendamiento, sino en beneficio de los incapaces. Sobre este punto todos están de acuerdo. Pero ¿no es nulo el arrendamiento por lo menos en cuanto al pupilo? Y si es nulo puede el tutor pedir la nulidad? Casi todos los autores sostienen que el tutor tiene el derecho de pedirla en beneficio del pupilo. Aubry y Rau son de parecer contrario, y la Corte de casación acepta este parecer. No vacilamos en seguirlo. ¿Qué dice la ley? Prohibe acaso que el tutor arriende por más de nueve años? No; si hubiese querido prohibirlo, hubiera determinado con qué requisitos y con qué autorización puede el tutor arrendar por un tiempo que exceda de los nueve años. Ahora bien, la ley no dice ni una palabra, se refiere al título de las capitulaciones matrimoniales, ¿y qué leemos en el artículo 1429? Dice que el marido no puede arrendar por más de nueve años? No, dice que si el marido arrienda por más de nueve años, la mujer puede pedir la reducción de este aplazo. Luego, el arrendamiento es válido, y el marido no puede impugnarlo; cuando la disolución de la so-

La regla de que el arrendamiento no puede durar sino el tiempo que falta al pupilo para salir de la menor edad, es original de D. Andrés Bello, y establece un derecho importante en beneficio del pupilo.

No sólo el pupilo mismo sino todos cuantos suceden en el dominio de los predios, á título universal ó singular, tienen derecho para exigir que se dé por terminado el arrendamiento tan luego como expire el plazo de ocho ó de cinco años, ó cuando el pupilo salga de la menor edad, ó en caso de muerte, cuando hubiera salido si viviese.

De la misma manera, si el pupilo hubiere estado bajo curaduría como menor, y después del arrendamiento se le

---

ciedad conyugal la mujer puede deducir la respectiva acción. Y la razón es muy sencilla. El arrendamiento es por su naturaleza acto administrativo; pero como un arrendamiento por largo tiempo puede comprometer los intereses de la mujer, la ley permite pedir la reducción. Ahora bien, el artículo 1718 asimila absolutamente los arrendamientos de bienes del pupilo á los arrendamientos de bienes de mujeres casadas. La consecuencia es evidente. Tales arrendamientos son válidos, aun cuando sean de nueve años; pero el pupilo, cuando sea mayor, puede pedir la reducción. (Laurent. V. 47.)

" Por regla general el pupilo no puede dar en arrendamiento ni renovarlo si su ejecución no comienza sino cuando el pupilo es mayor. Éste tendrá siempre el derecho de hacer lo que le parece conveniente. Si la ley declara obligatorios, aun para la mujer, los arrendamientos que, no excediendo de nueve años, se han celebrado ó renovado por el marido solo, aunque la ejecución no haya comenzado antes de la disolución de la sociedad conyugal, cuando no se han celebrado ó renovado antes de aquellas épocas; proviene de que el momento de la disolución no es conocido, como lo es aquel en que el pupilo es mayor, y que ha sido necesario poner obstáculos á la administración del marido; pero el tutor no puede administrar los bienes del pupilo cuando éste es mayor.

Se objeta que esto puede retraer á un buen arrendatario que, como tal, administra ya el fundo. Pero generalmente, si hubiere excepciones á nuestra regla para todos los casos en que el pupilo tuviera interés en que el tutor procediese así, y cuya apreciación en caso de controversia suscitada contra el tutor á este respecto, pertenecería á los tribunales; no debe perderse de vista que resultarían graves abusos del sistema contrario, y que si el fraude no se presume, el legislador lo teme en materia de tutela. " (Duranton. 111. 546.)

pone en interdicción por demencia, también puede solicitarse que se declare terminado el arrendamiento.

Art. 408. Cuidará el tutor o curador de hacer pagar lo que se deba al pupilo, inmediatamente que sea exijible el pago, i de perseguir a los deudores por los medios legales (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Pagar. 1568.
Pupilo. 346.
Todo el artículo. 1576. 1579.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 448.

C. E. 398. Cuidarán el tutor ó curador de hacer pagar lo que se deba al pupilo, inmediatamente que sea exigible el pago, y de perseguir á los deudores por los medios legales.

C. C. 497.

C. P. 346. Todos los guardadores, sin excepcion alguna, están obligados... :

11° A demandar y defender judicialmente los intereses del menor.

C. M. 553. El tutor es responsable del valor de los créditos activos, si dentro de sesenta días contados desde el vencimiento de su plazo, no ha obtenido su pago, ó garantía que asegure éste, ó no ha pedido judicialmente el uno ó la otra.

COMENTARIO.

188. I. Debe el guardador exigir que se pague todo

(*) Pothier. Personnes. 175.—Dalloz. Minorité. 449.—Laurent. V. 172.—Demolombe. VII. 662. 667. 668.—Zachariae (M. V.) I. § 221.—Zachariae (A. R.) I. § 114.—Accarias. I. 142.

cuanto se deba al pupilo, tan luego como se vence el plazo ó se cumple la respectiva condición.

II. Debe perseguir á los deudores por los medios legales.

Estas dos reglas son á manera de consejo, advertencia, recuerdo; pues tales deberes del guardador se desprenden necesariamente de la obligación de administrar (65).

Representando al pupilo, el guardador exigirá el pago de todo cuanto se le adeuda, y si no lo hace, es responsable de todos los perjuicios.

En el instante mismo que la deuda sea exigible, debe el guardador recibirla, y si hubiere habido negligencia, el crédito se da por cobrado, y el guardador es responsable de los intereses corrientes, y aún de los intereses de intereses.

Si no son suficientes los medios conciliatorios para recibir el pago de todo cuanto se le adeude al pupilo, el guardador debe demandar á los deudores, y es responsable del retardo en la términación de la litis, si él proviniere de su negligencia.

Si á causa de ella cayeren los deudores en insolvencia, el guardador es responsable del crédito con los respectivos intereses.

Si constituyere mandatarios para las demandas judiciales, responde de los actos de ellos como de los suyos propios.

---

(65) " El tutor no sólo puede recibir, sino que debe exigir el pago tan luego como la deuda sea exigible.

" Si fuere moroso en exigirlo se expondrá : 1° A responder de la insolvencia del deudor, si ésta sobreviniera después del retardo; 2° A responder de los intereses legales del capital desde la fecha en que, si lo hubiese exigido, hubiera podido colocarlo. " (Demolombe. VII. 662.)

Art. 409. El tutor o curador tendrá especial cuidado de interrumpir las prescripciones que puedan correr contra el pupilo (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Interrumpir las prescripciones. 2503. 2509. 2511. 2518. 2520. 2523. 2524.
Pupilo. 346.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 449.
C. E. 399. El tutor ó curador tendrán especial cuidado de interrumpir las prescripciones que puedan correr contra el pupilo.
C. C. 498.
C. M. 554. Si el menor no está en posesión de algunos bienes á los que tenga derecho, será responsable el tutor de la pérdida de ellos, si dentro de dos meses contados desde que tuvo noticia del derecho del menor, no entabla á nombre de éste judicialmente las acciones conducentes para obtener el recobro ó la indemnización.

COMENTARIO.

189. Otro acto esencialmente administrativo es el interrumpir las prescripciones que pueden correr contra el pupilo.

Por regla general la prescripción se suspende en beneficio de todas las personas que están bajo tutela ó curaduría; pues la protección que debe concedérseles no sólo se extiende á darles seguridades contra el guardador, sino también á impedir, entre otros perjuicios, que pierdan sus bienes, ó se extingan las acciones para recuperarlas. La prescripción de corto tiempo ó la extraordinaria ne se suspende en beneficio del pupilo; y entonces el guardador tiene el estrictísimo

(*) Laurent. V. 43. 172.—Demolombe. VII. 687.—Zachariae (M. V.) I. § 221.—Duranton. III. 571.

deber de interrumpirla, ora exigiendo el reconocimiento expreso de los derechos, ora demandando en juicio para la consecución de los bienes pertenecientes al pupilo.

La responsabilidad del guardador á causa de no interrumpir las prescripciones ó de no deducir oportunamente la respectiva acción, puede ser gravísima, pues en la mayor parte de los casos se extendiera ella al valor de los bienes ó derechos que el pupilo hubiere perdido.

Si por no haberse deducido una acción posesoria perdiere el pupilo la posesión, y, á consecuencia de ello, la propiedad, el guardador será responsable de la misma y de los gastos en el litigio.

Esta regla es mera consecuencia de la obligación impuesta al guardador de administrar los bienes como buen padre de familia.

Art. 410. El tutor o curador podrá cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que haya hecho a beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza; mas para ello deberá ser autorizado por los otros tutores o curadores jenerales del mismo pupilo, si los hubiere, o por el juez en subsidio.

Si el pupilo le fuere deudor de alguna especie, raiz o mueble, a título de legado, fideicomiso, o cualquier otro, será preciso que la posesion de ella se dé al tutor o curador por los otros tutores o curadores jenerales, o por el juez en subsidio (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador, 341, 342.
Pupilo. 346.
Intereses corrientes de plaza 2206.
Para ello deberán ser autorizados por los otros tutores ó curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere ó por el juez en su falta. 347. 412.

(*) Dalloz. Minorité. 485-487. 637.—Toullier. II. 1219.—Laurent. V. 51. 56. 57.—Demolombe. VII. 659, 770-774. VIII. 45. 49.—Zachariae (A. R.) I. § 116.—Zachariae (M. V.) I.— § 224. Accarias. I. 142.

Raíz. 368.
Mueble. 567.
Legado. 954.
Fideicomiso. 733.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 450. El tutor o curador podrá cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que haya hecho a beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza; mas para ello deberá ser autorizado por alguno de los contutores o concuradores, si los hubiere, i en caso contrario lo hará por sí, sentando la correspondiente partida en el libro diario de la cuenta (a).

Mas si el pupilo le fuere deudor de una especie cualquiera, raiz o mueble, a título de legado, fideicomiso, o cualquier otro, será preciso que la posession de ella se dé al tutor o curador por un contutor, o concurador, i a falta de éstos por un curador *ad hoc*.

C. E. 400. El tutor ó curador podrán reembolsarse, con los dineros del pupilo, las anticipaciones que hayan hecho á beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza; mas para ello deberán ser autorizados por los otros tutores ó curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere, ó por el juez, en su falta.

Si el pupilo les fuere deudor de alguna especie, raíz ó mueble, á título de legado, fideicomiso, ó cualquier otro, será preciso que la posesión de ella se dé al tutor ó curador por los otros tutores ó curadores generales, ó por el juez, en su falta.

P. de G. 242. El tutor no podrá hacerse pago de sus créditos contra el menor sin la intervención del protutor, y en otro caso será nulo.

(a) El tutor o curador podrá cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que haya hecho a beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza; mas para ello deberá ser autorizado por los otros tutores o curadores jenerales del mismo pupilo, si los hubiere, i en caso contrario lo hará por sí, sentando la correspondiente partida en el libro diario de la cuenta.

Mas si el pupilo le fuere deudor de alguna especie, raiz o mueble, a título de legado, fideicomiso, o cualquier otro, será preciso que la posesion de ella se dé al tutor o curador por los otros tutores o curadores jenerales, i á falta de éstos, por un curador especial. (Art. 450 del Proyecto Inédito.)

C. C. 499. El tutor ó curador podrá cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que haya hecho á beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza; mas para ello deberá ser autorizada por los otros tutores ó curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere, ó Prefecto en subsidio.

Si el pupilo le fuere deudor de alguna especie, raíz ó mueble, á título de legado, fideicomiso, ó cualquier otro, será preciso que la posesión de ella se dé al tutor ó curador por los otros tutores ó curadores generales, ó por el Juez ó Prefecto en subsidio.

C. M. 522. El tutor no podrá hacerse pago de sus créditos contra el menor, sin la conformidad del curador y la aprobación judicial.

C. Esp. 275. Se prohibe á los tutores... :

3° Hacerse pago, sin intervención del protutor, de los créditos que le correspondan.

COMENTARIO

190. I. El guardador puede cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que hubiere hecho á beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza;

II. Para ello debe ser autorizado por los otros tutores ó curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere, ó á falta de éstos por el juez;

III. Si el pupilo debiere al guardador alguna especie raiz ó mueble, la posesión de ella debe conferirse al guardador por los otros tutores ó curadores generales ó por el juez en su falta.

191. I. La utilidad del pupilo exige que el guardador pueda hacer adelantos para las necesidades imperiosas del pupilo, como los gastos de subsistencia y de educación, el pago de intereses de sumas de dinero que el pupilo debiere, el del precio de bienes raíces que se hubieren trasmitido al pupilo, etc., etc. (66).

---

(66) El artículo 450 no prohibe al tutor sino aceptar la cesión de un crédito contra el púpilo.

" Y juzgamos que de ahí debe deducirse que nada obsta á

Aunque el guardador, en virtud de sus deberes, no está obligado á proveer con su dinero á las necesidades del pupilo, ni menos á cumplir las obligaciones que el pupilo hubiere contraído como heredero; el guardador que en realidad se interese en la buena administración de los bienes pupilares puede hacer adelantos beneficiosos al pupilo; los cuales se cubren con los dineros de éste tan luego como las rentas de sus bienes lo permitan (67).

---

que el tutor pague con su dinero una deuda personal del pupilo, y que tenga, en consecuencia, la acción para repetir sus adelantos.

" Esta proposición nos parece cierta siempre, sin distinguir los casos en que el tutor hubiere pagado con su dinero una deuda personal del pupilo; bien la pague como fiador ó codeudor solidario, ó en culquiera otra circunstancia en que esté obligado ó á lo menos interesado en el pago de la deuda, circunstancia en que se subrogaría legalmente en los derechos del acreedor; bien pague sin estar obligado ó interesado personalmente en el asunto, cón el exclusivo objeto de favorecer al pupilo que no tenía entonces fondos disponibles, como, por ejemplo, á fin de evitar una ejecución inminente que le amenazaba. " (Domolombe. VII. 770.)

(67) " En cuanto á los créditos que el tutor adquiera durante su gestión, y que se originan de la gestión misma, como, por ejemplo, los adelantos de fondos que hubiere hecho en beneficio del pupilo, ¿ es verdad que no puede cobrarlos sino expirada la tutela y rendida la cuenta?

" Los argumentos en que se funda la antigua doctrina, no pueden justificar esa regla absoluta. Veamos, en efecto lo que pudiera alegarse;

" 1° Sólo rindiéndose la cuenta es posible saber si el tutor ha hecho adelantos, si ha gastado más de lo recibido, en una palabra, de qué parte hay saldo;

" Ahora bien, la cuenta no puede rendirse sino terminada la gestión;

" Luego, todos los elementos de la cuenta, sin distinguir, se aplazan hasta entonces.

2° El tutor no está obligado á los adelantos, y debe imputarse á sí mismo la situación voluntaria en que está.

" Respondo á esto último diciendo ¿ *Provocandi fuerunt tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum scirent se recepturos in quod impenderint.*

" Convengo en que el derecho romano no presentaba en este aspecto ningún aliciente al tutor, aplazando necesariamente á la

La ley faculta en este caso para que se forme una especie de cuenta corriente entre el guardador y el pupilo. Carece éste, por ejemplo, de dinero para su educación, para el pago de intereses, para satisfacer el precio de los bienes raíces en el respectivo plazo. Entonces el guardador puede acudir á otra persona para que suministre el dinero, el contrato de mutuo se efectúa, no á nombre del pupilo, sino del guardador mismo, y si al fin de cada año recibe el pupilo las pensiones de arrendamiento, con éstas se cubren todos los dineros adelantados, y se satisfacen los intereses corrientes de plaza que el guardador hubiera ganado si los dineros hubiesen sido suyos.

Esta regla especialísima, establecida, lo repetimos, en beneficio del pupilo, no acarrea la incapacidad del guardador.

Cuando examinemos las incapacidades, veremos que tan luego como el guardador se constituye acreedor del pupilo, es incapaz para continuar en el ejercicio de la guarda; mas cuando se trata de meros adelantos, previstos en este artículo, no sobreviene la incapacidad.

Obsérvese sí que los adelantos deben consistir en suministraciones de dinero que pueden cubrirse con las rentas del mismo pupilo; pues, si así no fuera, se establecería

---

rendición de la cuenta el reembolso de los adelantos; y porque no había armonía entre el objeto y los medios, no deseara yo que se admitiese entre nosotros esta proposición en términos tan absolutos.

" Pero se dice que los adelantos hechos por el tutor no son sino uno de los elementos de su cuenta.

" En general eso es cierto; pero no debe exagerarse. La verdad es que el tutor no está obligado á los adelantos, y que el saldo, bien á favor, bien en contra, no consiste regularmente sino en lo que ha recibido ó pagado á terceros con fondos del pupilo. Luego, si el tutor ha hecho con sus propios fondos adelantos por el pupilo, ni los principios ni la equidad exigen que no pueda reembolsarse sino cuando rinda la cuenta.

" Y ante todo es indudable que el mismo no podría reembolsarse, si tuviese fondos suficientes.

" Pero juzgamos, además, que aun cuando el pupilo no tuviese dinero sonante, el tutor podría pedir al consejo de familia que le autorice para vender los bienes del menor y reembolsarse sus adelantos. " (Demolombe. VIII. 49.)

un tráfico infame en que el guardador, á pretexto de adelantos, celebrara con el pupilo el contrato de mutuo. Si, por ejemplo, el guardador pagase ocho ó diez mil pesos por un crédito hipotecario contra el pupilo, se subrogara en el mismo crédito mediante estipulación con el acreedor, y aunque le diese el calificativo de adelanto hubiera en realidad una subrogación prohibida por el art. 412; la cual no podría efectuarse sino con autorización de los otros tutores ó curadores, y se constituiría el guardador incapaz para continuar ejerciendo el cargo.

192. II. Aun tratándose de adelantos, para que el guardador pueda cobrar los intereses corrientes debe ser autorizado por los otros tutores ó curadores generales si los hubiere y á falta de éstos por el juez. Los otros tutores ó curadores examinarán si efectivamente los adelantos fueron necesarios, y determinarán los intereses corrientes, que varían según las circunstancias de la plaza.

193. III. La regla tercera conduce á evitar las dificultades que sobrevinieran si el guardador se constituyese acreedor del pupilo, ó si, constituído por un acto independiente de su voluntad, debiese el pupilo entregarle bienes muebles ó raíces.

Dos son los casos en que el pupilo puede ser deudor de bienes muebles ó raíces que deban entregarse al guardador:

1° Cuando el guardador fuese legatario de la persona que instituye heredero al pupilo; y

2° Cuando el guardador en virtud de uno de los contratos que puede celebrar con el pupilo, hubiera adquirido bienes muebles á él pertenecientes.

En ambos casos debe evitarse que el guardador, como interesado que es, proceda á perjudicar al pupilo entrando él mismo en posesión de los bienes que se le deben. De ahí que el guardador debe acudir á los otros guardadores generales para que le entreguen los bienes, ó, á no haberlos, al juez.

La parte del artículo según la cual el juez pone al guardador en posesión de los bienes que el pupilo le debiere, debe entenderse en el sentido de que el juez designa la persona que entregue los bienes al guardador. Supóngase que autorizado el guardador por el juez compra al pupilo

cien cabezas de ganado vacuno que están en lugares distantes, y que el comprador exigiese la entrega, debiendo elegirse entre otras muchas que se hallan en el mismo predio. Salta á la vista que el juez, lejos de trasladarse al predio, designará un sujeto idóneo para que efectúe la entrega.

Art. 411. En todos los actos i contratos que ejecute o celebre el tutor o curador *en representacion del pupilo,* deberá espresar esta circunstancia en la escritura del mismo acto o contrato; so pena de que omitida esta espresion, se repute ejecutado el acto o celebrado el contrato en representacion del pupilo, si fuere útil á éste, i no de otro modo (*).

REFERENCIAS.

Contratos. 1438.
Tutor ó curador. 341. 342.
En representación del pupilo. 390.
Escritura. 1699. 1702. 1706.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 451. En todos los actos i contratos que ejecute o celebre el tutor o curador *en representacion del pupilo,* deberá expresar esta circunstancia en la escritura del mismo acto o contrato; so pena de que, omitida esta expresion, se repute ejecutado el acto o celebrado el contrato en representacion del pupilo, si fuere útil al pupilo, i no de otro modo.

C. E. 401. En todos los actos y contratos que ejecuten ó celebren el tutor ó curador, *en representacion del pupilo,* deberán expresar esta circunstancia en la escritura del mismo acto ó contrato; so pena de que, omitida esta expresión se repute ejecutado el acto ó celebrado el contrato

---

(*) Laurent. V. 102.—Demolombe. VII. 674. 675.—Zachariae (A. R.) I. § 115.—Dalloz. Minorité. 635.—Gutiérrez (B.) I. XXII.

en representación del pupilo, si fuere útil á éste, y no de otro modo.

C. C. 500.

COMENTARIO.

194. I. En todos los actos ó contratos qne el guardador ejecute ó celebre en representación del pupilo, deberá expresar esta circunstancia en la escritura del mismo acto ó contrato;

II. Si se omitiere esa expresión, se reputa ejecutado el acto ó celebrado el contrato en representación del pupilo si fuere útil á éste, y no de otro modo.

195. Oscurísimas nos parecen ambas reglas.

En primer lugar, sabido es que sólo los actos ó contratos solemnes deben constar necesariamente por escrito; todos los demás son válidos aunque no consten de esa manera.

No hemos de confundir en ningún caso la prueba del contrato, la cual no puede ser de testigos cuando el asunto pasa de doscientos pesos, con la validez de la convención, y, por ende, cuando el guardador, representando al pupilo, contrata de viva voz, no puede aplicarse la disposición del artículo.

No cabe ni suponerse que tratándose de convenciones celebradas por el guardador en representación del pupilo se hubiesen modificado las reglas generales sobre la prueba; y por lo mismo se ha de entender la disposición en el sentido de que si el contrato consta por escrito, debe determinarse si el guardador procede como tal ó por su derecho propio.

Aun suponiéndose que el contrato conste por escrito, no es necesario que se empleen fórmulas sacramentales para expresar que el guardador representa al pupilo. Si, por ejemplo, el pupilo fuese dueño de una hacienda de ganado vacuno, y consta del contrato que el guardador vende cien bueyes de aquella hacienda, claro es que aun cuando no constasen las palabras : *En representación del pupilo,* debería entenderse que ha contratado á su nombre efectuando un acto administrativo, cual es el de vender los ganados destinados al consumo.

196. Cuando en la escritura, pública ó privada, no se ha expresado que el contrato es en representación del pupilo, pudiera deducirse de la naturaleza misma del contrato que el guardador lo ha celebrado representándole, y en muchos casos sería durísimo atribuír los efectos del contrato á los intereses propios del guardador,

Supóngase que éste carezca de bienes raíces; que el pupilo tenga haciendas valiosas donde se engorda ganado para la venta, y que el guardador comprase doscientos bueyes, sin determinar que los destina á la hacienda ni mencionar al pupilo. Si antes de vencerse el plazo concedido al vendedor, persona muy solvente cuando el contrato fue celebrado, cayese en insolvencia por un caso fortuito, ¿no sería una injusticia clamorosa que el guardador se perjudicase por no haber expresado en el contrato que lo celebraba en representación del pupilo?

No se diga que al guardador no le aprovecha la ignorancia de la ley. Al comentar el art. 14 observamos que uno es ignorar la ley, y otro alegar que el acto no surte efecto á causa de la ignorancia.

Cuando se trata de conocer si la ley es conforme á los principios, debe procederse sobre el supuesto de que todos la ignoran. Si aplicándola, el juez perjudica los derechos de personas que han procedido bien, es evidente que la ley pugna con la justicia.

Que si hay duda sobre la naturaleza del acto ó contrato, se repute que éste no se ha ejecutado ó celebrado á nombre del pupilo, nada más natural; pues concurriendo en el guardador las calidades de representante legal del pupilo y de administrador de sus bienes propios, por alguna señal debía conocerse que el acto ó contrato se ejecutaba en representación del pupilo. Pero si de la natureleza misma del acto ó contrato se deduce que el guardador no procede sino representando al pupilo, ¿podría incurrirse en la sutileza de dar más valor á las palabras que á los hechos? (68).

---

(68) " El tutor debe proceder como representante del pupilo, y á nombre de él debe colocar los fondos y hacer las adquisiciones.

" Y cuando ha procedido así, los actos ejecutados por él á

La disposición es absurda, y á pretexto de favorecer á los pupilos se incurre en tamaña injusticia. Vélese por los intereses de los pupilos, castíguese severamente al guardador infiel; eso es conforme á la institución misma de la

---

nombre del pupilo se reputan ejecutados por el pupilo mismo.

" De ahí dos consecuencias importantes :

1ª " El pupilo no puede desconocer esos actos, á menos que el tutor hubiere incurrido en culpa que pueda surtir ese efecto; pero entonces hay una excepción y se trata de la responsabilidad.

2ª " Los terceros con quienes el tutor ha contratado no tienen por acreedor ó deudor sino al pupilo mismo; y el tutor no se obliga personalmente aunque traspase los límites de sus atribuciones, á menos que los terceros ignoren que contrataba como tutor.

" Si el tutor hubiese colocado el dinero ó hecho la adquisición á su nombre pérsonal, deberían deducirse las dos consecuencias contrarias :

1ª " El asunto quedaría por cuenta del tutor, que soportara personalmente la insolvencia de los deudores, y la ruina, aun por caso fortuito, de los bienes comprados.

" Pero juzgamos que el menor tuviera derecho, en cuanto al tutor, para reclamar las utilidades provenientes de haberse empleado sus fondos; porque el tutor incurre en culpa invirtiéndolos en su derecho personal; no debe obtener de ellos ganancia, y cuando el pupilo le observase que le constituye como su representante legal, y mandatario fiel, el tutor nada tuviera que responder.

2ª " El tutor que contrata con terceros por su derecho propio se obliga personalmente y respecto de ellos es el único responsable. " (Demolombe. V. 674. 675.)

" El tutor que como tal contrata con terceros no se obliga personalmente, sino el menor á quien representa; lo cual se deduce de los principios elementales que rigen el mandato. ' El mandante ', dice el artículo 1998, ' está obligado á cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario, conforme al poder que se le hubiere conferido '. Ahora bien, el tutor representa al pupilo en todos los actos civiles; luego es el mandatario legal del pupilo, y los terceros que contratan con el tutor contratan con el pupilo.

" Si el tutor trata en su nombre personal con el tercero, síguese que se obliga personalmente, mas no el pupilo; salvo á determinar después las relaciones entre el tutor y el pupilo, si el acto ejecutado por el menor concierne al pupilo. " (Laurent. V. 102.)

guarda, destinada á favorecer á personas destituídas de protección. Pero ésta no debe en ningún caso concederse infringiéndose los principios de justicia universal. El cargo mismo es odioso, todos rehuyen aceptarlo por no rendir cuentas y por la insignificantísima remuneración. Si á eso se agregan injusticias clamorosas, nadie querrá aceptar el cargo, el juez tendrá derecho de compeler á la aceptación; y el que administra contra su voluntad, puede administrar mal sin incurrir en responsabilidad.

Art. 412. Por regla jeneral, ningun acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuje, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes lejítimos, o de sus padres o hijos naturales, o de sus hermanos lejítimos o naturales o de sus consanguíneos o afines lejítimos hasta el cuarto grado inclusive, o de alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorizacion de los otros tutores o curadores jenerales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio.

Pero ni aun de este modo podrá el tutor o curador comprar bienes raices del pupilo, o tomarlos en arriendo; i se estiende esta prohibicion a su cónyuje, a sus ascendientes o descendientes lejítimos o naturales (*)

REFERENCIAS.

Contrato. 1438.
Tutor ó curador. 341. 342.
Ascendientes ó descendientes legítimos. 27. 28.
Padres ó hijos naturales. 36. 40. 270. 272.
Hermanos legítimos ó naturales. 41.
Consanguíneos legítimos. 28.

(*) Locré. VII. 138. art. 52-164. art. 53-202. art. 34.—Locré. (E.) V. p. 103. 108.—Dalloz. Minorité. 447. 481. 485-487. 564-577.—Laurent. IV. 421-424. 428. V. 56. 69. 97. 108. 109.—Toullier. II. 1231 1234.—Duranton. III. 599-604. — Demante. II. 206-206 bis. VII.—Demolombe. VII. 354. 355. 478. 656. 750-774. 783-787.—Zachariae (A. R.) I. § 90-116. 117. Huc. III. 385. 386.—Zachariae (M. V.) I. § 224. 225.—Accarias. I. 127. —Ortolan. II. 248.—Maynz. III. § 346.

Afines legítimos. 31.
Cuarto grado inclusive. 27.
Socios de comercio. 2053. 2059.
Otros tutores ó curadores generales. 340. 345.
Comprar. 1793.
Bienes raíces. 568.
Pupilo. 346.
Arriendo. 1915.
Todo el artículo. 1681. 1682.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 452. Por regla jeneral, ningun acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuje, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes lejítimos o de sus padre o hijos naturales, o de sus hermanos lejítimos o naturales o de sus consanguíneos o afines lejítimos hasta el cuarto grado inclusive, o de alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorizacion de contutor o concurador, que no esté implicado de la misma manera; i a falta de éstos con autorizacion de un curador *ad hoc*.

453. Mediante el requisito del artículo precedente, podrá el tutor o curador tomar dineros del pupilo al interés corriente de plaza, comprar bienes raíces o muebles del pupilo (haciendose la venta de los bienes raíces con las formalidades legales), tomarlos en arriendo, etc. (a).

C. E. 402. Por regla general, ningún acto ó contrato en que directa ó indirectamente tengan interés el tutor ó curador, ó su cónyuge, ó cualquiera de sus ascendientes ó

(a) Por regla jeneral, ningun acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interes el tutor o curador, o su cónyuje, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes lejítimos, o de sus padres o hijos naturales, o de sus consanguíneos o afines lejítimos hasta el cuarto grado inclusive, o de alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorizacion de los otros tutores o curadores jenerales, que no esten implicados de la misma manera, i a falta de éstos, con autorizacion de un curador especial.

Pero ni aun de este modo podrá el tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo, o tomarlos en arriendo; i se extiende esta prohibicion a su cónyuje, i a sus ascendientes lejítimos o naturales. (Art. 452 del Proyecto Inédito.)

descendentes legítimos, ó sus padres ó hijos naturales ó sus hermanos legítimos ó naturales, ó sus consanguíneos ó afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, ó alguno de sus socios de comercio, podrán ejecutarse ó celebrarse sino *con autorización de los otros* tutores ó curadores generales que no estén implicados de la misma manera, ó por el juez, en su falta.

Pero ni aun de este modo podrán el tutor ó curador comprar bienes raíces del pupilo, ó tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición á su cónyuge, y á sus ascendientes ó descendientes legítimos ó naturales.

C. de N. 420. Dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille.

Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur.

450...:

Il ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupile.

420. En toda tutela habrá un protutor, nombrado por el consejo de familia.

Sus funciones consistirán en gestionar por los intereses del menor, cuando éstos se hallen en oposición con los del tutor.

450...

No puede comprar los bienes del menor ni tomarlos en arriendo, á menos que el consejo de familia hubiere autorizado al protutor para dárselos en arrendamiento, ni aceptar la cesión de ningún derecho ó crédito contra el pupilo.

C. Arg. 397. (Véanse las *Concordancias* del art. 393.)

443. El tutor necesita la autorización del juez para los casos siguientes... :

11. Para todo acto ó contrato en que directa ó indirectamente tenga interés cualquiera de los parientes del tutor, hasta el cuarto grado, ó sus hijos naturales ó algunos de de sus socios de comercio...

P. de G. 236. El tutor ne podrá comprar por sí ni por persona interpuesta la finca subastada, sin obtener autorización del tribunal, que resolverá sobre ello, oyendo al consejo de familia.

C. C. 501.

C. P. 354. Es prohibido á los guardadores :

1° Comprar, por sí ó por medio de otro, los bienes del menor, bajo la pena de nulidad, y la de perder el precio, que se aplicará á la beneficencia del lugar, esté ó no pagado por el comprador;

2° Adquirir para sí cualquier derecho ó acción contra el menor.

C. M. 260. Ni con licencia judicial, ni en almoneda ó fuera de ella, puede el tutor comprar ó arrendar los bienes del menor, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para si, para su mujer, hijos ó hermanos por consanguinidad ó afinidad.

521. Cesa la prohibición del artículo anterior respecto de la venta de bienes, en el caso de que el tutor, su mujer, hijos ó hermanos sean coherederos, partícipes ó socios del menor.

C. de la L. 327. (El art. 450 del Código de Napoleón.)

C. Esp. 275. Se prohibe á los tutores... :

4° Comprar por sí ó por medio de otra persona los bienes del menor ó incapacitado, á menos que expresamente hubiese sido autorizado para ello por el consejo de familia.

N. R. X. XII. I. Todo hombre que es cabezalero, ó guarda de huérfanos, ó otro hombre ó muger qualquier que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare; y si la comprare pública ó secretamente, pudiéndose probar la compra que así fué fecha, no vala, y sea desfecha, y torne el quatro tanto de lo que valia lo que compró, y sea para nuestra Cámara.

P. V. V. 4..... Pero dezimos, que ninguno de los guardadores non puede comprar ninguna cosa, de las que fuere de aquel que tienen en guarda; fueras ende, si lo fiziese con otorgamiento del Juez del logar, o de alguno otro que lo ouiesse otrosi en guarda, tambien como el. E aun ha menester, que aquello que desta guisa comprare del, que sea a pro del huerfano, e non a su daño. Ca, si engañado se fallasse el menor por razon de tal vendida, puedela despues que fuera de edad cumplida, fasta quatro años; anssi como dezimos en las leyes que fablan de la guarda de los menores, e de los bienes dellos.

D. XXVI. VIII. 5. § 2. Item ipse tutor, et emtoris, et venditoris officio fungi non potest. Sed enim si contutorem habeat, cuius auctoritas

5. § 2. El mismo tutor no puede hacer veces de vendedor y comprador; pero si tiene contutor cuya autoridad sea bastante, sin duda

sufficit, proculdubio emere potest; sed si mala fide emtio intercesserit, nullius erit momenti, ideoque nec usucapere potest; sane si suae aetatis factus comprobaverit emtionem, contractus valet.

puede comprar: mas si intervino venta con mala fe, será nula, y no se podrá usucapir; pero si siendo de veinticinco años, ratificare la venta, vale el contrato.

COMENTARIO.

197. I. El guardador no puede ejecutar por sí sólo ningún acto ó contrato en que tenga interés directa ó indirectamente;

II. Para esos actos ó contratos debe ser autorizado por los otros guardadores generales que no se hallan en el mismo caso;

III. Si no hubiere tales tutores ó curadores, el juez autoriza la ejecución de los actos ó celebración de los contratos;

IV. Ni aun de ese modo puede el tutor ó curador comprar bienes raíces del pupilo ó tomarlos en arriendo;

V. Esa prohibición se extiende al cónyuge y á los ascendientes y descendientes legítimos ó naturales del tutor ó curador.

198. I. La primera regla equivale á la siguiente: *Cuando pueda comprometerse la probidad del guardador, es inhábil para representar al pupilo.* D. Andrés Bello procede sobre el supuesto evidentísimo de no exigir al guardador más de lo que naturalmente puede exigirse á todos los hombres. Necesario evitar el conflicto entre el cumplimiento de los deberes impuestos por la probidad y los intereses pecuniarios ó las afecciones personales. De ahí las causas que autorizan para recusar á un juez, tachar un testigo. Si el guardador representara al pupilo en un acto ó contrato que le interese directa ó indirectamente, preferiría sus intereses á los del pupilo, el contrato fuera siempre conveniente al guardador, y éste no administraría como buen padre de familia.

199. La ley enumera las personas á quienes puede favorecer indebidamente el guardador cuando contraten con el pupilo: el cónyuge del guardador, sus descendientes

ó ascendientes legítimos ó naturales, sus consanguíneos ó afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, cualquiera de sus socios de comercio.

El guardador desea vivamente que los negocios de esas personas tengan buen éxito, y muy natural que él sólo no represente entonces al pupilo.

200. II. Pero como la prohibición absoluta de contratar con tales personas hubiera sido perjudicial al pupilo mismo, la ley no se ha propuesto sino alejar los motivos que pudieran comprometer la probidad del guardador, y por eso exige que le autoricen los otros guardadores generales.

Se ha juzgado suficiente garantía la intervención de los otros guardadores generales, porque éstos serían solidariamente responsables de los resultados de los actos ó contratos.

Tal autorización deroga la regla general de que los tutores ó curadores generales deben obrar de consuno; pues en este caso el interesado no interviene como guardador, ó por lo menos su responsabilidad se atenúa mucho á causa de la autorización de los otros.

201. III. Cuando no haya otros tutores ó curadores generales, autorizará el juez; y como son frecuentísimos los casos que conforme al art. 412 pueden ocurrir, la intervención judicial es una rueda pesadísima en el mecanismo de la administración de los tutores ó curadores.

En Roma no intervenía el juez sino cuando se trataba de la venta de bienes raíces; por lo mismo era mucho más expedita la adminitración de los tutores ó curadores.

Según el Código de Napoléon son raros los casos en que interviene el consejo y rarísimos aquellos en que el juez homologa lo resuelto por el consejo.

Según el Código chileno el juez interviene en todos los asuntos importantes; y salta á la vista que nos conociendo el juez esos asuntos, el mismo guardador interesado puede suministrarle datos inexactos; que la intervención judicial no origina sino gastos y pérdida de tiempo, y que, por lo mismo, es tan urgente como necesaria la reforma del propio Código para nombrar un protutor que vele por la buena administración de los intereses pupilares é intervenga en todos los asuntos en que pueda haber pugna entre los intereses del pupilo y los del guardador.

Sorprende que la perpicaz vista de D. Andrés Bello no hubiese distinguido que mientras no haya un protutor que conozca bien los negocios del pupilo, la autorización judicial es en la mayor parte de los casos una diligencia del todo nugatoria.

202. El artículo que comentamos es oscuro y deficiente en cuanto no determina si basta la autorización judicial para proceder á la ejecución del acto ó celebración del contrato en que tenga interés, directa ó indirectamente, el guardador, ó si además es de todo punto necesario nombrar un curador que represente al pupilo.

Acaso se comprenda mejor la idea por medio de un caso práctico. Trátase de vender semovientes de un inmueble perteneciente al pupilo; el guardador tiene absoluta necesidad de ellos; para asegurar el mejor precio exige que la venta se efectúe en subasta; pide se le permita intervenir como postor; el juez le autoriza para que puede comprar. Si el guardador hace postura, ¿pudiera ser aceptada sin intervención de un curador especial? Juzgamos que no, pues nada más absurdo que el mismo guardador sea representante legal del pupilo y comprador, cuando según el propio art. 412 esas dos calidades mutuamente se excluyen. Aunque la venta se efectúe en subasta, el juez no sería el representante legal del pupilo, ya porque la ley no le llama sino para conceder la autorización, ya porque según el art. 671, inc. 3°, el juez no es representante legal del vendedor sino en las ventas forzadas, esto es, las que se hacen á causa de un juicio ejecutivo seguido contra el deudor.

Y como el pupilo no puede contratar por sí solo, debe ser representado por un curador especial, llamado para todos los casos análogos. De otra manera á nada conduciría el enumerar entre los guardadores á los curadores especiales.

Mas, para evitar dudas en materia tan importante como trascendental, hubiera convenido que con toda claridad expresara el art. 412 que si no hay otros tutores ó curadores generales, obtenida la autorizacion judicial debe representar al pupilo un curador *ad hoc*.

Cuando el tutor ó curador, autorizado por los otros ó por el juez, contrata con el pupilo y se convierte en deudor del mismo, no por eso sería incapaz; porque entonces se hubiera autorizado al juez para relevar de su cargo á los tu-

tores ó curadores. La disposición que autoriza al guardador para contratar con el pupilo envuelve autorización implícita para convertirse en deudor sin incurrir en incapacidad; y esa disposición especial prevalece sobre la regla general que declara á los deudores incapaces de la guarda.

203. IV. El juez no puede autorizar al guardador para comprar bienes raíces del pupilo ni para tomarlos en arrendamiento.

Como esos contratos son de tanta importancia, siempre es de temer que el guardador se valga de medios ilícitos para perjudicar al pupilo (69).

---

(69) " Prohíbese al tutor :

1° " La compra de bienes del pupilo...

2° " Tomarlos en arrendamiento; pero esta última prohibición no es absoluta.

" Estas prohibiciones se fundan :

1° " En la naturaleza de la tutela, que no es sino un mandato, un encargo de la administración, y que por lo mismo no puede comprender ciertos actos que traspasan los límites del mandato más extenso y de la administración más libre;

2° " En la necesidad de prevenir los peligros de una situación, en que hubiera pugna entre el deber del tutor y su interés personal, y que le permitiera abusar, con detrimento del pupilo, de las atribuciones mismas que ejerce para protegerle.

" Y hé aquí por qué no puede ejecutar ningún acto en que tenga intereses opuestos á los del pupilo; pues sabemos que en estos casos el protutor es el que debe representar al pupilo.

" No puede comprar los bienes del pupilo..... ni en subasta ni en adjudicación pública.

" Cierto que según el Derecho romano el tutor podía adquirir los bienes del pupilo, procediendo *palam et bona fide;*.....

" Y pudiera decirse que cuando la venta se hace en subasta, conviene, en interés mismo del pupilo, aumentar la competencia; que el tutor mismo, si pretende comprar, sea un postor más.

" Si, pero un postor peligroso, que lejos de procurar otros, como se lo prescribe su deber de tutor, ilustrándolos sobre el estado de los bienes, sus producciones, su precio, pudiera al contrario retraerlos por datos falsos. Y hé aquí por qué la ley no le permite adquirir ni en subasta.

" Parece que debe exceptuarse el caso en que el tutor fuera copropietario proindiviso con el pupilo.

" Por general que sea la disposición del artículo 450, juzgamos que no se aplica á esta hipótesis, en que, á no dudarlo, no es el tutor quien compra los bienes del menor, sino más bien el

Si el juez autorizase al guardador para comprar bienes raíces ó tomarlos en arrendamiento, el contrato sería nulo. Otra prueba evidentísima del sistema según el cual la autoridad de cosa juzgada, es uno de los trámites conducentes sólo á consultar las mayores ventajas en beneficio del pupilo.

Este artículo encierra otra disposición que si cabe manifiesta más evidentemente todavía el sistema del Código en cuanto á la autorización judicial; pues el juez no interviene en los actos ó contratos en que el guardador es directa ó indirectamente interesado, sino cuando no haya otros guardadores. Luego la autorización de juez surte el mismo efecto que la de aquéllos.

Ahora bien, nada fuera más absurdo que la autorización de los otros tutores ó curadores surta un efecto semejante al de la cosa juzgada, y que obste á la responsabilidad que á todos acarrea el contrato cuando los guardadores hubieren incurrido en negligencia ó dolo.

Art. 413. Habiendo muchos tutores o curadores jenerales todos ellos autorizarán de consuno los actos i contratos del pupilo; pero en materias que, por haberse dividido la administracion, se hallen especialmente a cargo de uno de dichos tutores o curadores, bastará la intervencion o autorizacion de éste solo.

Se entenderá que los tutores o curadores obran de consuno, cuando uno de ellos lo hiciere a nombre de los otros, en virtud de un mandato en forma; pero subsistirá en este caso la responsabilidad solidaria de los mandantes.

En caso de discordia entre ellos, decidirá el juez (*).

---

condueño que ejerce el derecho de salir de la indivisión y de obtener por su lote, á consecuencia de la partición, el dominio pleno de la cosa licitada.

" Importaría poco que la licitación fuese pedida por el tutor mismo ó por cualquier otro..... " (Demolombe. VII. 750. 751. 754.)

(*) Febrero. I. 151. 15.—Accarias. I. 151. 152.—Maynz. III. § 348.—Ortolan (I.) I. ap. p. VI. (p. 706-710).

REFERENCIAS.

Habiendo muchos tutores ó curadores generales. 347.
Autorización. 390.
Contrato. 1438.
Pupilo. 346.
Dividido la administración. 361. 363. 367. 372.
Mandato en forma. 2123.
Responsabilidad solidaria. 419. 1511.
Mandantes. 2116.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 454. Habiendo muchos tutores o curadores, cualquiera de ellos respecto de terceros es persona lejítima para autorizar los actos i contratos del pupilo, con tal que no sea en materias que, por haberse dividido la administracion, se hallan especialmente a cargo de un contutor o concurador.

En caso de reclamacion o protesta de un tutor o curador contra alguno de los contutores o concuradores, decidirá el juez, o, estando perfecto el acto o contrato, hará exclusivamente responsable de las consecuencias al tutor o curador que contra el parecer del contutor o concurador lo ejecutó o celebró (a).

C. E. 403.

D. XXVI. VII. 3. Si plures curatores dati sunt, Pomponius libro sexagesimo octavo ad Edictum scripsit, ratum haberi debere etiam, quod

3. Si se nombraron dos ó más curadores, escribió Pomponio al libro sesenta y ocho del Edicto, que deben ratificar lo que hizo el uno;

(a) Habiendo muchos tutores o curadores jenerales, todos ellos autorizarán de consuno los actos i contratos del pupilo, pero en materias que, por haberse dividido la administracion, se hallen especialmente a cargo de uno de dichos tutores o curadores, bastará la autorizacion de éste solo.

Se entenderá que los tutores o curadores obran de consuno, cuando uno de ellos lo hiciere a nombre de los otros, en virtud de un mandato en forma; pero subsistirá en este caso la responsabilidad solidaria de los mandantes. (Art. 453 del Proyecto Inédito.)

per unum gestum est; nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediantur, Praetor uni eorum curationem decernet, ratumque habebit, quod per eum sine dolo malo gestum est.

§ 7. Si non erit a testatores electus tutor, aut gerere nollet, tum is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreverit; Praetor igitur iubebit eos convocari, aut, si non coibunt, at coacti non decernent, causa cognita ipse statuet, quis tutelam geret.

porque en los curadores del furioso, para que no se perjudique á sus intereses, el Pretor encargará la curaduría á uno de ellos, y da por válido lo que hace sin dolo malo.

§ 7. Si el testador no nombrare tutor, ó el nombrado no quisiere administrar, en este caso administrará la tutela el que determine la mayor parte de los tutores: esto supuesto, el Pretor los mandará convocar; y si no se reunieren, ó no quisieren determinar, el mismo Pretor, con conocimiento de causa, determinará el que ha de administrar la tutela.

COMENTARIO.

204. I. Cuando hay dos ó más guardadores generales todos autorizan de consuno los actos y contratos del pupilo;

II. Si la administración se halla á cargo de uno de los guardadores, basta la intervención de éste solo;

III. Se entiende que los guardadores obran de cosuno, ó bien cuando todos intervienen en el acto ó contrato, ó bien cuando uno de ellos obra á nombre de los otros en virtud de un mandato en forma;

IV. Si uno de los guardadores procede como mandatario de otro ú otros, subsiste la responsabilidad solidaria de los mandantes;

V. En caso de discordia entre los guardadores, la decide el juez.

205. El art. 413 es inexacto en la redacción al expresar que cuando son *muchos* los tutores ó curadores, todos autorizan de consuno los actos y contratos del pupilo.

Debió decirse que cuando son *dos* ó más los guardadores; pues la acepción de la palabra dos está en pugna con la de muchos; y *muchos* son los casos en que D. Andrés Bello

incurre en la impropiedad de confundir dos ó más con muchos. La idea esencial consiste en que si hay dos ó más guardadores, todos intervienen en los actos y contratos del pupilo.

También incurre Bello en inexactitud al hablar sólo de *autorizacion*, y tanto más grave es el error cuanto el art. 390 expresa que el guardador *representa* ó *autoriza* al pupilo en todos sus actos ó contratos. Si entonces se estableció la distinción entre representar y autorizar, la misma debió subsistir siempre, y en especial para el caso provisto por el art. 413, en que intervenien dos ó más guardadores en los actos y contratos del pupilo. Nada fuera más absurdo que sólo al autorizar al pupilo adulto interviniesen todos los guardadores y uno solo fuese hábil para representar al impúber.

206. Acerca de los casos en que, habiendo dos ó más guardadores, se divide la administración, nos referimos al comentario del art. 419.

Divididas las funciones, cada guardador ejerce una administración separada, y como es independiente de los otros, sólo él representa ó autoriza al pupilo en los negocios concernientes á su administración.

207. Los guardadores obran de consuno si uno de ellos procede á nombre de los otros en virtud de un mandato en forma.

¿Cuándo se se dice que uno de los guardadores procede en virtud de un mandato en forma de los otros? Juzgamos que las palabras *mandato en forma* no tienen suficiente claridad, y que para explicarlas es necesario acudir á las reglas generales sobre aquella convención.

Según el art. 2123 el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura, pública ó privada, por cartas, verbalmente, ó de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona á la gestión de sus negocios por otra; pero no será admisible la prueba testimonial sino en conformidad á las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes exigieren un instrumento auténtico.

Tres partes principales encierra este artículo acerca del mandato:

1ª El mandato puede ser expreso;

2ª El mandato puede ser tácito; y

3ª Acerca de la prueba se sujeta á las reglas generales.

Las palabras *mandato en forma* se refieren, á no dudarlo, al mandato expreso conferido á los otros por uno de los guardadores; pues esas palabras significan suficiente, que haga fe, y á nada condujeran si se refiriesen al mandato tácito.

Luego el mandato en forma es susceptible de probarse aun por medio de testigos cuando la cuantia del acto ó contrato no pasa de doscientos pesos. Si no es admisible la prueba testimonial, puede justificarse por cualquier instrumento privado, y sólo cuando se autoriza para comparecer en juicio es necesaria la escritura pública.

No puede desconocerse, empero, que las palabras *mandato en forma* son oscuras, y que hubiera convenido sustituír á ellos *mandato expreso*. Efectivamente, tratándose de los asuntos del pupilo no bastaría, para constituír mandato, que uno de los guardadores gestionase y los demás se cruzaran de brazos.

208. Acaso ni era necesario decir que el mandato, que confieren dos ó más guardadores á otro no exonera de responsabilidad; pues entonces el mandatario obra por su derecho propio y representa á los mandantes; el acto del mandatario es acto del mandante; el contrato surte por lo mismo idéntico efecto que si todos los mandantes hubieran intervenido personalmente; y como la ley declara la solidaridad de todos los guardadores, no podía obstar á ella el derecho de conferir el mandato.

209. Si hubiere discordancia entre los guardadores, la dirime el juez.

Acaso hubiera convenido evitar en estas ocasiones la intervención del juez; la cual acarrea siempre gastos y dilaciones; disponiéndose que sólo sea necesaria cuando no hububiere mayoría en el parecer de los guardadores.

La frecuentísima intervención de juez en los asuntos del pupilo entorpece la administración, ocasionando gastos y dificultades, y aun los guardadores no proceden con la debida diligencia porque les queda expedito el medio de acudir siempre á la autorizacion judicial.

Al comentar el art. 419 examinaremos si, decidida la discordia por el juez, subsiste la responsabilidad solidaria de todos los guardadores.

210. Como la ley prescribe que todos han de proceder de consuno, cuando se contravenga á esta disposición el contrato adolece de nulidad relativa, porque sólo á intervenir todos los guardadores representando ó autorizando al pupilo son hábiles para ejecutar el acto ó celebrar el contrato.

Luego, convalecería el acto nulo si los guardadores que no han intervenido lo ratificasen; pues no tiene excepción la regla de que las personas hábiles para constituír mandatarios lo son también para ratificar los actos que á su nombre se hubieren ejecutado.

Art. 414. El tutor o curador tiene derecho a que se le abonen los gastos que haya hecho en el ejercicio de su cargo : en caso de lejítima reclamacion, los hará tasar el juez (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Derecho. 578.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 455. El tutor o curador tiene derecho a que se le indemnice de los gastos que le haya causado la tutela o curaduría : en caso de lejítima reclamacion, los hará tasar el juez (a).

C. E. 404. El tutor ó curador tienen derecho á que se les abonen los gastos que hayan hecho en el ejercicio de su cargo; y en caso de legítima reclamación, los hará tasar el juez.

C. Arg. 464. Serán abonables al tutor todos los gastos debidamente hechos aunque de ellos no hubiese resultado

---

(*) Dalloz. Minorité. 615. 641.—Laurent. V. 133. 134.—Demolombe. VII. 111-114. 116.—Zachariae (M. V.) I. § 121.

(a) El tutor o curador tiene derecho a que se le abonen los gastos que haya hecho en el ejercicio de su cargo : en caso de lejítima reclamacion, los hará tasar el juez. (Art. 454 del Proyecto Inédito.)

utilidad al menor, y aunque los hubiese anticipado de su propio dinero.

C. C. 503.

C. P. 353. El guardador tiene derecho á que se le abone cuanto hubiese gastado justa y legalmente en beneficio del menor...

C. M. 557. Deben abonarse al tutor todos los gastos hechos debida y legalmente, aunque los haya anticipado de su propio caudal, y aunque de ellos no haya resultado utilidad al menor, si esto ha sido sin culpa del primero.

D. XXVII. III. 1. § 8. Sed et si servis cibaria praestiterit vel libertis, scilicet rei pupilli necessariis, dicendum est, reputaturum; idemque et si liberis hominibus, si tamen ratio praestandi iusta intercedat.

§ 9. Item sumtus litis tutor reputabit, et viatica, si ex officio necesse habuit aliquo excurrere vel proficisci.

1. § 8. Pero si alimentare á los siervos ó á los libertos, esto es, á los necesarios para la administración del patrimonio del pupilo, se ha de decir que se han de abonar: lo mismo se dice si los diere á los hombres libres si hubo justa causa para darlos.

§ 9. También se le abonarán al tutor los gastos del pleito, y los viajes, si por razón de su oficio tuvo que hacer alguno.

COMENTARIO.

211. I. El guardador tiene derecho á que se le abonen los gastos invertidos en el ejercicio de su cargo;

II. Si hubiere controversia, los hace tasar el juez.

212. Algún tanto oscura es la disposición porque no está en lugar oportuno. Si se trata de gastos en la cuenta, debió hablarse de ellos, como lo hace el Código de Napoleón, en el articulo que trata de la obligación de rendirla; si de gastos cuyo reembolso puede solicitar el guardador inmediatamente, pudo muy bien hablarse de ellas en el art. 410. Efectivamente al rendirse la cuenta es cuando debe tratarse de los gastos, porque son partidas que se han invertido en beneficio del pupilo.

Acaso se habló por separado del derecho al abono de los gastos, para que no se juzgue que ellos se comprenden en

la remuneración del guardador. El derecho de exigir el reembolso de los gastos se deduce de la naturaleza misma del cargo que el guardador desempeña, pues habiéndose constituído mero administrador de los bienes del pupilo, y debiendo dar cuenta de los frutos, éstos no lo son en realidad sino deducidos todos los gastos que se hubieren hecho en obtenerlos.

Muy bien puede suceder que el guardador haga gastos en su persona, concernientes á la administración de los bienes, y para evitar dudas ha dispuesto la ley que se los abonen.

Así, durante la guarda hereda el pupilo bienes situados en lugares distantes; el guardador juzga necesario trasladarse para segurarlos, é invierte considerables sumas de dinero así en los gastos de viaje como en la subsistencia en esos lugares. El guardador tendría derecho para que se le abonen los gastos en la cuenta ó para deducirlos de los frutos.

Si pretendiere el guardador que los gastos son adelantos de sumas de dinero invertidas en beneficio del menor, y que tiene derecho á los intereses corrientes, no podría recibirlos sino autorizado por los otros guardadores, ó, á falta de éstos, por el juez.

213. Á suscitarse controversia sobre la utilidad ó necesidad del gasto ó sobre la suma de dinero que en él se hubiere invertido, el juez resolverá según las pruebas que se le presenten, entre las cuales pueden figurar los informes de peritos que en vista de los hechos tasen los gastos.

Así, en el caso propuesto como ejemplo, puede ponerse en duda si efectivamente fue necesario que el guardador se trasladase para asegurar los bienes que el pupilo heredó en lugares distantes, ó si hubiera sido suficiente encomendar el asunto á una persona residente en aquellos lugares. Si el juez estimare que fue necesaria la traslación, puede enumerar los gastos haciéndolos tasar.

Art. 415. El tutor o curador es obligado a llevar cuenta fiel, exacta i en cuanto fuere dable, documentada, de todos su actos administrativos, dia por dia; a exhibirla luego que termine su administracion; a restituir los bienes a quien por derecho corresponda; i a pagar el saldo que resulte en su contra.

Comprende esta obligacion a todo tutor o curador, incluso el testamentario, sin embargo de que el testador le haya exonerado de rendir cuenta alguna, o le haya condonado anticipadamente el saldo; i aunque el pupilo no tenga otros bienes que los de la sucesion del testador, i aunque se le dejen bajo la condicion precisa de no exigir la cuenta o el saldo. Semejante condicion se mirará como no escrita (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Obligados. 1437.
Actos administrativos. 391.
Bienes. 565.
Pagar. 1568.
El saldo que resulte en su contra. 424.
Testamentario. 353.
Pupilo. 346.
Sucesión. 951.
Condición. 1070.
Todo el artículo. 423.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 456. El tutor o curador es obligado a llevar cuenta fiel, exacta i, en cuanto fuere dable, documentada, de todos sus actos administrativos dia por dia; a exhibirla

---

(*) Locré. VII. 142. art. 66. — 143. art. 69. — Savigny. VIII. § 370. 380. 396. — Dalloz. Minorité. 593-596. 600-603. 608-626. — Laurent. V. 123-126. 128-130. 132-135. — Demolombe. VII. 625-629.- VIII. 36-40. 44. 50-54. 58. 105-110. 117-119. — Toullier. II. 1258-1261. 1263-1266. — Zachariae (M. V.) I. § 230. — Zachariae (A. R.) I. § 121. — Demante. II. 230. 233-233 bis. — Duranton. III. 608. 609. 611. 616. 618-625. — Berriat-Saint-Prix. I. 1638. 1639. 1642-1646. — Febrero. I. 142. 2. — Maynz. III. 350. — Ortolan. II. 284. 285.

luego que termine su administracion; a restituir los bienes a quien por derecho corresponda; i a pagar el saldo que resulte en su contra.

Comprende esta obligacion aun al tutor o curador testamentario, sin embargo de que el testador le haya, exonerado de rendir cuenta alguna o le haya condonado anticipadamente el saldo; i aunque el pupilo no tenga otros bienes que los de la sucesion del testador, i aunque se le dejen bajo la condicion precisa de no exijir la cuenta o el saldo. Semejante condicion se mirará como no escrita.

A los que sean tutores o curadores de sus hijos se exijirá solo, por via de cuenta, un apunte circunstanciado de entradas i gastos.

C. E. 405. El tutor ó curador están obligados á llevar cuenta fiel, exacta, y en cuanto fuere dable documentada, de todos sus actos administrativos, día por día; á exhibirla luego que termine su administración; á restituir los bienes á quien por derecho corresponda, y á pagar el saldo que resulte en su contra.....

C. de N. 469. Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit.

471. Le compte définitif de tutelle sera rendu aux dépens du mineur, lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation. Le tuteur en avancera les frais.

On y allouera au tuteur toutes depenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile.

469. Todo tutor debe rendir cuenta de su gestión cuando ésta termine.

471. La cuenta definitiva de la tutela se rendirá á expensas del menor, cuando éste sea mayor ó emancipado. El tutor adelantará los gastos.

Se abonarán al tutor todos los gastos suficientemente justificados, y cuyo objeto sea útil.

C. Arg. 385. Son prohibidas y se tendrán como no escritas, las cláusulas que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor, ó de dar cuenta de su administracion todas la veces que se le ordena por este Código, ó lo autoricen á entrar en la posesion de los bienes antes de hacer el inventario.

458. El tutor está obligado á llevar cuenta fiel y documentada de las rentas y de los gastos que la administracion y la persona del menor hubiesen hecho necesarios, aunque el testador lo hubiera exonerado de rendir cuenta alguna.

460. Acabada la tutela, el tutor ó sus herederos deben

dar cuenta justificada de su administracion, al menor ó al que lo represente, en el término que el juez lo ordene, aunque el testador en su testamento lo hubiere eximido de este deber.

462. Los gastos de rendicion de cuentas deben ser anticipados por el tutor; pero le serán abonados por el menor, si las cuentas estuviesen dadas en la debida forma.

463. Las cuentas deben ser dadas en el lugar en que se desempeñe la tutela.

P. de G. 255. Acabada la tutela, el tutor ó sus herederos están obligados á dar cuenta de su administracion al menor ó á los que le representen.

La obligacion de rendir cuentas no puede ser dispensada ni aun por el menor mismo en su testamento.

256. El tutor rendirá las cuentas en el término de dos meses, contados desde el día en que acabe la tutela, y el tribunal podrá prorrogarlo por cuatro meses más, si la naturaleza especial de los bienes de la tutela así lo exigiere.

260. Las cuentas de la tutela deben ir acompañadas de sus documentos justificativos.

Exceptúanse las partidas de gastos menudos, en que un diligente padre de familia no acostumbra á recoger recibo.

266. Los gastos de rendicion de cuentas deben ser anticipados por el tutor, pero le serán abonados por el menor.

262. Las cuentas deben darse en el lugar en que se desempeñe la tutela, si el menor no prefiere el fuero del domicilio del tutor.

C. P. 346. Todos los guardadores, sin excepcion alguna, están obligados.....

12° A instruir anualmente al consejo de familia del estado en que se hallen los intereses del menor; y á dar cuenta formal de la administración, luego que haya fenecido el cargo.

C. M. 551. El tutor está obligado á rendir al juez cuenta de su administracion en el mes de Enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo. La falta de cuentas por tres años, aun cuando no sean consecutivos, motivará la remoción del tutor como sospechoso.

552. La cuenta de administracion comprenderá no sólo las cantidades en numerario que hubiere recibido el tutor por producto de los bienes y la aplicacion que les hubiere dado, sino en general todas las operaciones que se hubieren practicado, é irá acompañada de un balance del estado de los bienes.

560. La obligación de dar cuentas no puede ser dispensada en contrato ó última voluntad, ni aun por el mismo menor; y si esa dispensa se pusiere como condicion en cualquier acto, se tendrá por no puesta.

C. de la L. 266. Todo tutor debe dar cuenta de la tutela.

C. Esp. 279. El pariente colateral del menor ó incapacitado, y el extraño que no hubiesen obtenido el cargo de tutor con la asignación de frutos por alimentos, rendirán al consejo de familia cuentas anuales de su gestión.

Estas cuentas, examinadas por el protutor y censuradas por el consejo, serán depositadas en la Secretaría del Tribunal donde se hubiese registrado la tutela.

Si el tutor no se conformase con la resolución del consejo, podrá recurrir á los Tribunales, ante los cuales los intereses del menor ó incapacitado serán defendidos por el protutor.

281. Acabada la tutela, el tutor ó sus herederos están obligados á dar cuenta de su administración al que haya estado sometido á aquella ó á susrepresentantes ó derecho habientes.

283. Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la justificación de los gastos menudos de que un diligente padre de familia no acostumbra á recoger recibos.

C. A. 238. El tutor debe rendir cuenta de la tutela al Tribunal, si no le ha dispensado el padre ó el testador ó el Tribunal, cuando es probable que las rentas no excedan á los gastos de subsistencia y educación; pero debe, en todo caso, justificar los bienes del menor puntualizados en el inventario, y rendir cuenta del estado de los bienes en cada cambio importante.

Las cuentas y los documentos justificativos se entregarán al fin de cada año al Tribunal pupilar. Deben precisar ellas las entradas y los gastos y el aumento ó diminución del capital.

P. VI. XVI. 21. Durar deue el oficio de los guardadores fasta que los huerfanos sean de edad de catorce años, si fueren varones; e si fueren mugeres, fasta que sean de doze. Otrosi se acaba tal guarda como esta, por muerte, o por desterramiento del guardador, o del huerfano... Pero en qualquier destas maneras sobredichas que se acabe el oficio del guardador, tenudo es luego de dar buena cuenta, e verdadera, de todos los bienes del huerfano, tambien mueble como rayz; e entregarlo todo a el mismo, e a su guardador que es llamado Curator.

I. I. XX. 7. Cum igitur pupillorum, pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt.

D. XXVII. III. 1. § 3. Officio tutores incumbit, etiam rationes actus sui conficere et pupillo reddere; ceterum si non fecit, aut si factas non exhibet, hoc nomine iudicio tutelae tenebitur. De servis quoque interrogationes, sed et quaestiones habendas, et hoc officio iudicis convenire placuit; nam Divus Severus decrevit, quum neque inventaria, neque auctionalia proferentur, remedio eo uti debere, ut rationes a servis, qui rem gesserant, proferantur; has rationes si esse mala fide conscriptas a servis dicunt tutores, etiam in quaestionem servi interrogari poterunt.

XXVI. VII. 5. § 7. Iulianus libro vicesimo primo Digestorum huiusmodi speciem proponit : quidam decedens filiis suis dederat tutores, et adiecerat : eosque aneclogistos esse volo; et ait Iulianus, tutores nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent. Nec eo nomine ex causa fideicommissi quidquam consequi debebunt, ut ait Iulianus; et est vera

7. Los tutores que han administrado los bienes de los pupilos, después de la pubertad de éstos deben dar cuenta en virtud de la acción de la tutela.

1. § 3. Es propio del oficio del tutor formar las cuentas de su administración, y darlas al pupilo; pero si no lo hiciere, ó, hechas, no las manifestare, será responsable por esto en el juicio de la tutela. También se determinó, que era propio del oficio del Juez preguntar á los siervos y atormentarlos; porque el Emperador Severo determinó, que cuando no se presentaba el inventario ni la cuenta, se usase de este remedio para que la diesen los siervos que administraban; y si los siervos dijesen que estas cuentas estaban puestas con mala fe, también se podrá atormentar á los siervos para que declaren sobre este particular.

5. § 7. Juliano al libro vigésimo primero de los Digestos propone esta especie : uno al tiempo de su muerte nombró tutores á sus hijos, expresando que los libertaba de dar cuentas. Dice Juliano, que si no administrasen con buena fe, deben ser condenados, no obstante lo expresado en el testamento; y que por esta razón no deberán conseguir cosa alguna por causa de fideicomiso, y esta sentencia es verdadera; porque ninguno puede excu-

ista sententia, nemo enim ius publicum remittere postet huiusmodi cautionibus, nec mutare forman antiquitus constitutam; damnum vero, quodcumque extutela quis senserit, et legari, et per fideicommissum et reliqui potest.

sar á otro de lo que es de Derecho Público, con semejantes condiciones, ni mudar la forma de las antiguas constituciones; pero el perjuicio que á alguno le resultare de la tutela, se puede legar y dejarlo por fideicomiso.

COMENTARIO.

214. I. El guardador debe llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuere dable documentada de todos sus actos administrativos día por día;

II. Exhibirla tan luego como termine su administración;

III. Restituír los bienes á quien por derecho corresponda, y pagar el saldo que en su contra resulte;

IV. La obligación de rendir cuentas comprende á todo guardador;

V. El testador no puede exonerarle de rendirla;

VI. Si el testador se los deja bajo la condición precisa de no exigir la cuenta ó el saldo, tal condición se tiene por no escrita.

215. Se ve que son estrictísimas las obligaciones que tiene el guardador en cuanto á la administración de los bienes pupilares, y á la cuenta que es su consecuencia necesaria.

Observamos ya (103) que la base principal de la cuenta es el inventario, porque en él se determinan con toda exactitud los bienes cuya administración corresponde al guardador, y determinados los bienes pueden conocerse por lo menos aproximadamente los frutos.

Tomándose como base el inventario, el guardador debe llevar por lo menos un libro diario (70), en que asiente todo

---

(70) "Los jurisconsultos enseñaban antiguamente que el tutor está obligado á llevar un libro diario, *in quo omnia data et accepta, describere..... de die in diem.....*

"Meslé había notado en el antiguo derecho que las ordenan-

cuanto se relaciones con la administración de los bienes pupilares y con los gastos que hiciere no sólo en los bienes mismos sino en la persona del pupilo.

De manera que la cuenta debe comprender necesariamente :

1° Los bienes del pupilo y los frutos de los mismos ; y

2° Todos los gastos, ya en el pago de deudas, ya en la administración de los bienes, ya en la persona del pupilo (71).

---

zas no imponían al tutor la obligación de llevar un libro de este género, aunque el libro fuese muy útil para la rendición de la cuenta.

" Según el Código de Napoleón esta observación es exacta, en el sentido de que ninguna ley obliga al tutor precisamente á llevar un libro diario.

" Pero, por una parte, el tutor debe administrar como buen padre de familia; y, por otra, debe rendir cuenta de su gestión; de lo cual se deduce necesariamente la obligación de hacer todo cuanto sea necesario para preparar los elementos de la cuenta, y que su responsabilidad á este respecto, puede ser mayor ó menor según que sus comprobantes sean más ó menos regulares. " (Demolombe. VII. 625.)

" Ubi etiam quod debet exhibere inventarium ac librum rationum et pati, quod copia extrahatur per partem sibi contrariam, et similiter omnes actus suae administrationis ostendere, et instrumenta, res nomina debitorum, bona et reliquo omnia restituere minore vel adulto : alias non dicitur reddita ratio, dicitur talis tutor et administrator esse in dolo. " (Gutiérrez. P. 111. C. 1. 28.)

(71) " Además del activo puntualizado en el inventario, el capítulo del *debe* comprende los capitales recibidos, los frutos y rentas de los bienes, los intereses de las sumas prestadas, los intereses que, por no prestarlos, corren contra el tutor, los daños y perjuicios que éste adeudare. " (Laurent. V. 132.)

" En general se pueden distinguir cuatro partidas en el debe :

" 1ª El inventario que es la base de la cuenta; se comprende en él el dinero sonante, el precio de la venta de los muebles ó su valor si no se han vendido ;

" 2ª Las rentas ordinarias del pupilo, esto es, las pensiones de arrendamiento, los réditos de las rentas y los intereses de los capitales prestados, y aún de los que no se han prestado en tiempo útil ;

" 3ª Los créditos del pupilo que el tutor ha cobrado ó debido cobrar; y

" 4ª Los daños y perjuicios que el tutor debe indemnizar, bien

No basta que se asienten en el libro las producciones y los gastos; es necesario que cada partida corresponda al día de la producción ó de los gastos; pues sólo así puede haber exactitud en el cargo y conocerse si, deducidos los gastos, hubo dinero ocioso que el guardador debió colocar á interés conforme al art. 406.

216. La ley exige, además, que la cuenta sea, en cuanto fuere posible, documentada. Si ha podido obtener documentos, éstos son la única prueba del acto ó contrato, sin que valgan los testigos, por exigua que sea la suma de dinero invertida. Así, por ejemplo, las producciones de los bienes del pupilo pueden constar de los libros que se lleven en las haciendas ó en los establecimientos de comercio; las ventas de ganados ú otros artículos, de los documentos sucritos por los compradores, y, en cuanto á los gastos de poca importancia, de las partidas que se asienten el día mismo en que los gastos se hubieren hecho.

Si el guardador no presentase documentos de las partidas de importancia, incurriera en culpa grave y en la responsabilidad determinada en el art. 423.

217. El guardador debe rendir la cuenta tan luego como termine la administración.

El juez competente para conocer en la cuenta es el del lugar donde se hubieren administrado los bienes.

Si el guardador cambiare de domicilio en el tiempo intermedio entre la expiración de la rendición de la cuenta, subsiste el domicilio anterior para establecer la competencia del juez. Esa misma regla se aplicará aun cuando el guardador, expirado el cargo, se hubiere establecido en otra na-

---

porque los inmuebles se han deteriorado, bien por otras faltas en que ha incurrido. " (Toullier. 11. 1264.)

" El *debe* comprende el activo que consta en el inventario, los capitales cobrados, los frutos y rentas de los bienes, los intereses de las sumas prestadas y los que han debido correr contra el tutor por omisión, los intereses de esos intereses, las utilidades que ha obtenido el tutor por la industria del pupilo...; los daños y perjuicios por las faltas en que hubiere incurrido el tutor. Decimos que el capítulo del *debe* ha de comprender el activo expresado en el inventario; porque, como ya lo hemos visto, el inventario es el que sirve de base." (Dalloz. Minorité. 136.)

ción; pues el aceptar la guarda lleva consigo la obligación de sujetarse á los jueces del lugar donde se administra la guarda,

218. Si durante el ejercicio de la guarda se hubieren alterado las leyes concernientes á la administración, se aplican las reglas del artículo 90 de la ley sobre efecto retroactivo.

1ª La administración se sujeta á la ley vigente cuando se ejecutan los respectivos actos ó se celebran los contratos; y

2ª Si incurriere el guardador en penas por torcida á descuidada administración, se aplica ley menos rigurosa; pero las faltas cometidas bajo la nueva ley conforme á ésta se castigan.

Referímonos en todas sus partes al comentario del sobredicho art. 9.

219. El art. 422 determina la persona á quien debe presentarse la cuenta.

Dos actos enteramente distintos son rendir la cuenta y restituír los bienes á quien por derecho correspondan. El guardador no pudiera en ningún caso retener los bienes á pretexto de que no se aprueba la cuenta; ni el pupilo, ó la persona que suceda en sus derechos, denegarse á recibir los bienes alegando que no se halla aprobada la cuenta.

La ley, repetimos, no concede al guardador el derecho de retención por el saldo que á su favor resulte de la cuenta.

Ni era necesario concedérselo, porque es evidente que si el guardador temiese que se retarde el pago del saldo, el día mismo en que termine la administración pudiera cubrir con dinero del pupilo los adelantos que hubiere hecho; y si no hay dinero ó si éstos son muy considerables, el guardador tiene la culpa de no haber empleado con oportunidad los medios conducentes á evitar las contingencias y perjuicios que le provengan de entregar los bienes al pupilo ó á la persona á quien se trasmiten sus derechos.

Nada hubiera sido más peligroso que conceder al guardador el derecho de retención por los adelantos en beneficio del pupilo; pues á no proceder de buena fe, hubiera gestionado de manera que siempre tenga un saldo á su favor.

Si no entrega inmediatamente los bienes, incurre en la responsabilidad prevista en el art. 423.

220. Todo guardador está obligado á rendir cuenta, pues

ella es consecuencia necesaria de la administración de los bienes. Aunque el guardador sea testamentario y el testador le releve de la obligación de rendir cuentas ó deje los bienes al pupilo bajo la condición precisa de que no las exija; todo esto no le releva de la obligación, impuesta por la moral y la ley, de administrar bien, y no puede haber buena administración cuando el guardador sabe que no tiene de rendir cuentas. Si el pupilo no es legitimario, libre era el testador para no dejarle los bienes; pero si se los deja incurriera en una contradicción del todo inmoral, facultando al mismo tiempo al guardador para disponer de todos ellos á su arbitrio sin rendir la respectiva cuenta.

Hemos visto ya que el guardador debe formar inventario y que el testador no puede exonerarle de esa obligación; luego debe rendir cuentas, esto es, devolver los bienes comprendidos en el inventario, y los frutos que durante la administración hubieren producido.

El Código de Napoleón no encierra ninguna disposición expresa sobre si el testador puede exonerar al guardador de la obligación de rendir cuentas; y sin embargo los intérpretes más acreditados se acuerdan en que esa disposición testamentaria, como que pugna con la moral, no surtiría ningún efecto (72).

---

(72) " La obligación de rendir cuentas es consecuencia necesaria de la administración de bienes ajenos. El mandatario encargado de administrarlos no puede disponer á su arbitrio de los bienes que se le han confiado, dejarlos perecer, donarlos ó apropiárselos. Necesario, pues, que los restituya ó que justifique las causas que se opongan á una restitución total ó parcial. En otros términos, es preciso que rinda cuenta.

" Esta obligación es esencial en la tutela, ya porque el precepto absoluto del artículo 469 la impone al tutor, ya porque la tutela, que se refiere á los bienes del menor, es de derecho público.

" Así, creemos que no sería válida la disposición que exonere al tutor de rendir cuenta.

" Igualmente se declararía nula la dispensa de rendir cuenta al donarse ó legarse al pupilo.

" Esta solución, incontestable é incontestada en cuanto á los bienes no disponibles, que forman la legítima del pupilo, debe extenderse aún á los bienes disponibles.

" En vano se objetaría que el testador, que hubiera podido

Conveniente, y acaso necesario, una disposición expresa sobre punto de tamaña importancia.

---

legar los bienes al guardador, pudo *a fortiori*, dejándolos al pupilo, exonerar de rendir cuenta al guardador.

" El testador podía dejar sus bienes al tutor, eso es cierto; ¿pero se los ha dejado? No; ha dispuesto en provecho del pupilo, y á éste pertenecen los bienes.

" Si los bienes pertenecen al pupilo, el que los administra debe rendir cuenta... " (Demolombe. VII. 37-39.)

" La dispensa de rendir cuenta, hecha por el padre ó madre, no sería válida; debería reputarse insubsistente, como contraria á la ley, en cuanto pugna con la esencia misma de la tutela, y como incompatible con la idea de un tutor responsable. El Código de Napoleón no tiene una disposición expresamente prohibitiva sobre este punto; pero los términos del artículo 469 y los principios generales sobre la materia bastan para justificar el principio. " (Dalloz. Minorité. 594).

" ¿Puede exonerarse al tutor de la obligación de rendir cuenta? Evidente que los que nombran el tutor no pueden dispensarle de una obligación que es esencial en la tutela, y siendo la tutela de orden público, no puede el consejo de familia ni el padre ó madre modificar las disposiciones que reglan los deberes del tutor. Pero se pregunta si el que hace una liberalidad al pupilo puede dispensar al tutor de rendir cuenta de la gestión de los bienes donados ó legados. Dícese que no hay ley expresa que prohiba exonerar de rendir cuenta. Parece que basta el principio declarado por el artículo 6 : la cláusula es contraria á las buenas costumbres, luego debe reputarse no escrita, según el artículo 900. Es contraria á las buenas costumbres, en cuanto facultaría al tutor para no responder del dolo; eso es evidente y admitido por todos los jurisconsultos. Pero supongamos que se trate de mera culpa, sería también inmoral exonerarle de antemano de toda responsabilidad en cuanto á ella. En efecto, la ley le impone la obligación de administrar como buen padre de familia. Exonerarle de las consecuencias de su culpa equivaldría á dispensarle de cumplir sus deberes, y eso á no dudarlo sería inmoral. " (Laurent. V. 121.)

Art. 416. Podrá el juez mandar de oficio, cuando lo crea conveniente, que el tutor o curador, aun durante su cargo, exhiba las cuentas de su administracion o manifieste las existencias a otro de los tutores o curadores del mismo pupilo, o a un curador especial, que el juez designará al intento.

Podrá provocar esta providencia, con causa grave, calificada por el juez verbalmente, cualquier otro tutor o curador del mismo pupilo, o cualquiera de los consanguíneos mas próximos de éste, o su cónyuje, o el respectivo defensor.

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Cuentas. 415.
Administración. 391.
Otro de los tutores ó curadores. 347.
Pupilo. 346.
Curador especial. 345. 493. 494.
Consanguíneos. 27.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 458. Podrá el juez, con causa grave, ordenar que el tutor o curador, aun durante la tutela o curaduría, exhiba las cuentas de su administracion i manifieste las existencias a un contutor o concurador, o a un curador *ad hoc*.

C. E. 406. Podrá el juez mandar dè oficio, cuando lo crea conveniente, que el tutor ó curador, aun durante su cargo, exhiban las cuentas de su administración ó manifiesten las existencias á otro de los tutores ó curadores del mismo pupilo, ó á un curador especial, que el juez designará al intento...

C. de N. 470. Tout tuteur, autre que le père et la mère, peut être tenu, même durant la tutelle, de remettre au subrogé-tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil de famille aurait jugé à propos

470. Todo tutor, que no sea el padre ó la madre, puede ser obligado, aun durante la tutela, á entregar al protutor razón del estado de su gestión en los períodos en que el consejo de familia hubiere juzgado conveniente

de fixer, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en fournir plus d'un chaque année.

Ces états de situation seront rédigés et remis, sans frais, sur papier timbré, et sans aucune formalité de justice.

fijar, sin perjuicio de que el tutor pueda ser obligado á esa presentación más de una vez cada año.

Tales estados serán redactados y exhibidos, sin gastos, en papel simple, sin ningún trámite judicial.

C. Arg. 459. En cualquier tiempo el Ministerio de Menores ó el menor mismo, siendo mayor de diez y ocho años, cuando hubiese dudas sobre la buena administración del tutor, por motivos que el juez tenga por suficientes, podrá pedirle que exhiba las cuentas de la tutela.

P. de G. 257. El tutor está obligado á presentar al protutor en todo el mes de enero de cada año un estado de la situación en que se encuentra el patrimonio del menor; y á ponerle de manifiesto los libros de la administración, siempre que lo pidiere.

C. C. 505.

COMENTARIO.

221. Puede el juez mandar de oficio, cuando lo crea conveniente, que el tutor ó curador, aun durante su cargo, exhiba las cuentas de su administración, ó manifieste las existencias á otro de los tutores ó curadores del mismo pupilo que el juez designe al intento.

Puede solicitar esta providencia con causa grave, calificada por el juez verbalmente, cualquier otro tutor ó curador del mismo pupilo ó cualquiera de los consanguíneos más próximos de éste, ó su cónyuge ó el respectivo defensor.

Hemos visto, en las *Concordancias*, que según el Código de Napoleón debe el consejo de familia, cuando el tutor principie á ejercer el cargo, determinar las épocas en que presente el tutor sus cuentas y las existencias.

Esta disposición sí es eficacísima, porque durante toda la administración hay una persona á quien la ley encarga el velar por los intereses del pupilo y el defenderlos cuandoquiera que peligren á causa de la mala administración del guardador.

La facultad concedida al juez por el Código chileno, de

ordenar que el guardador presente, aun durante su cargo, las cuentas de la administración ó las existencias, es en la mayor parte de los casos absolutamente nugatoria, porque casi nunca conoce el juez que el guardador administra errónea ó descuidadamente y que por eso peligran los intereses del pupilo.

Tampoco es eficaz el derecho concedido á otras personas para exigir que el guardador presente las cuentas ó las existencias, pues muchas veces los mismos interesados en la buena administración de los bienes del pupilo están de acuerdo con el guardador.

Lo único eficaz sería el nombramiento de un protutor á quien se imponga la obligación de exigir periódicamente que el guardador exhiba las existencias y las cuentas, y que cuando no se hallen éstas confomes á lo prescrito en el art 415, deduzca contra el guardador las respectivas acciones.

Muchas veces hemos observado que si bien el Código chileno es difuso y talvez demasiado estricto en cuanto á las obligaciones mismas impuestas á los guardadores, sus preceptos carecen de eficacia porque no conceden medios suficientes para atajar la mala administración de los guardadores.

Art. 417. Espirado su cargo, procederá el guardador a la entrega de los bienes tan pronto como fuere posible; sin perjuicio de ejecutar en el tiempo intermedio aquellos actos que de otro modo se retardarian con perjuicio del pupilo (*).

REFERENCIAS.

Cargo. 338.
Entrega. 415.
Bienes. 565.

(*) Locré. (E.) V. art. 419. — Dalloz. Minorité. 28. 579-592. — Laurent. V. 116-120. — Duranton. III. 617. — Zachariae (A.R.) I.§ 120. 121. — Demolombe. VIII. 7. 8. 13. 17-34. — Huc. III. 451. — Berriat-Saint-Prix. I. 1472-1476. — Febrero. I.166. 5.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 457. Si la tutela o curaduría espira de otro modo que por la remocion del tutor o curador sospechoso, o por súbito impedimento del tutor o curador, podrá continuar a su cargo la administracion para terminar los actos iniciados, o para ejecutar aquellos que de otra manera se retardarian con perjuicio del pupilo (a).

C. E. 407.

C. Arg. 467. Los que han estado bajo tutela, acabada esta, pueden pedir la inmediata entrega de los bienes suyos que estén en poder del tutor, sin esperar la rendicion ó aprobación de las cuentas.

C. C. 506.

D. XXVII. III. 13. Si tutor post pubertatem pupilli negotia administraverit, in iudicium tutelae veniet id tantum, sine quo administratio tutelas expedire non potest; si vero post pubertatem pupilli is, qui tutor eius fuerat, fundos eius vendiderit, mancipia et praedia comparaverit, neque venditionis huius, neque emtionis ratio iudicio tutelas continebitur. Et est verum, ea, quae connexa sunt, venire in tutelae actionem; sed et illud est verum, si coeperit negotia administrare post tutelam finitam, devolvi iudicium tutelae in negotiorum gestorum actionem, oportuit enim

13. Si el tutor administrare los negocios del pupilo después de la pubertad, corresponderá juicio de la tutela solo aquello sin lo cual no se podría administrar; pero si después de la pubertad del pupilo, el que fue su tutor, vendiere los fundos, y comprare siervos y predios, esta venta y compra no corresponderá al juicio de la tutela; porque es cierto que las cosas que tienen conexion, corresponden á la acción de la tutela; pero también lo es, que si empezó á administrar los negocios después de finalizada la tutela, esta acción se convierte en la que resulta

(a) Espirada la tutela o curaduría, procederá el guardador a la entrega de los bienes inmediatamente; pero podrá ejecutar en el tiempo intermedio aquellos actos que de otro modo se retardarían con perjuicio del pupilo. (Art. 457 del Proyecto Inédito.)

eum a semetipso tutelam exigere. Sed et si quis, quum tutelam administrasset, idem curator adolescenti fuerit datus, dicendum est, negotiorum gestorum eum conveniri posse.

de la gestión de los negocios; porque debió él mismo pedirse la tutela; y si el que administró la tutela fuere nombrado curador del menor, se ha de decir que puede ser reconvenido por la acción que resulta de la gestión de los negocios.

COMENTARIO.

222. I. Expirado el cargo, procederá el guardador á la entrega de los bienes tan pronto como fuere posible;

II. Puede ejecutar en el tiempo intermedio los actos que de otro modo se retardarían con perjuicio del pupilo.

223. Acabamos de ver que una de las obligaciones impuestas al guardador por el art. 415 consiste en que entregue los bienes al pupilo ó á la persona que en ellos suceda. Lo regular es que la entrega se efectúe tan luego como expire el cargo, porque el pupilo es idóneo para administrar cuando cumple veinticinco años; el guardador debió conocer la época y dictar todas las providencias conducentes á la devolución de los bienes.

Pero no podía darse una regla absoluta, porque á veces el pupilo fallece, sus herederos se hallan en lugares remotos, y aun cuando estén presentes es necesario poner los bienes en estado de restituírlos. Evidente que las haciendas exigen mucho tiempo y gestiones para preparar su entrega, y que todavía es más complicada la de un establecimiento de comercio. Por eso dice la ley que la entrega de los bienes se efectuará *tan pronto como fuere posible.* Si el pupilo sale de la menor edad, el guardador, lo repetimos, debió dictar las providencias conducentes á la devolución de los bienes; lo mismo si á ser el pupilo pródigo ó demente se hubiere seguido el respectivo juicio para levantar la interdicción.

En todos estos casos, la restitución debe efectuarse inmediatamente, y si no, el guardador es responsable de los perjuicios.

224. Cuando no es posible la entrega tan luego como

expira la guarda, la ley autoriza al guardador para ejecutar aquellos actos que no pudieran retardarse sin perjuicio del dueño de los bienes; constitúyele entonces en agente oficioso, y se aplican á sus actos las reglas sobre las gestión de negocios ajenos (73). No procede el guardador como re-

---

(73). " Después que la tutela ha expirado, el tutor no administra los bienes del pupilo, porque terminó su mandato, y en adelante no tiene ninguna calidad ni ningún título.

" Pero ese efecto de la terminación de la tutela no puede ser siempre inmediato y, por decirlo así, instantáneo; al contrario es casi imposible que en el instante mismo que se efectúa el acontecimiento que pone fin á la tutela, se efectúe también la trasmisión y la entrega efectiva de la administración de los bienes. Luego, casi siempre hay algún tiempo, cierto intervalo durante el cual, aun después que la tutela ha terminado, el tutor ó sus representantes deben administrar, provisionalmente, los negocios de la tutela.

" El artículo 419 aplica este principio á los herederos del tutor.

" Estos herederos no suceden en la tutela; pero son responsables de la administración del difunto.

" Y la ley añade que si son mayores, están obligados á continuar hasta el nombramiento de un nuevo tutor.

" Esta obligación de los herederos del tutor difunto de continuar provisionalmente la gestión, es muy conforme á los principios del derecho civil, como consecuencia lógica de la responsabilidad misma de la gestión de la tutela, que pesa sobre los herederos del tutor como las demás cargas de la sucesión.

" En efecto, el tutor había contraído la obligación no sólo de administrar cumplidamente, sino de no dejar la gestión antes que hubiese tiempo de proveer á los intereses del pupilo...

" Ahora bien, los herederos hallan en la sucesión ese deber que no le era personal; ese deber que no es inherente á la tutela misma; pues, antes al contrario, sobreviene cuando la tutela ha terminado; ese deber, en fin, que no es sino una consecuencia equitativa de toda gestión, sea cual fuere, de los negocios de otra persona.

" Luego, los herederos del tutor están obligados á continuar la gestión del difunto, así como los del mandatario y del gestor de negocios.

" Si la obligación de continuar la administración, aun no expirada la tutela, se impone á los herederos del tutor, con mayor razón al tutor mismo.

" Así, el tutor, en efecto, está obligado á continuar la gestión : bien si muere el pupilo, hasta que los herederos se encarguen de

presentante legal, porque la representación termina por el ministerio de la ley tan luego como la guarda expira. Tam-

---

ella, bien si el pupilo llega á ser mayor ó se emancipa, hasta que el mayor ó emancipado se encargue de la gestión, bien aun en caso de remoción del tutor hasta el nombramiento del nuevo tutor.

" Dos puntos importantes deben resolverse, en cuanto concierne á esa administración, que puede durar, algún tiempo, más ó menos largo, según los casos, después que la tutela ha expirado :

" 1° Qué atribuciones ejerce el tutor; y

" 2° Cuál es el carácter de la administración. ¿El de la tutela? ¿No es al contrario sino un mero mandato ó más bien una mera gestión de negocios?

" Cuáles son las atribuciones provenientes de la administración? ¿Qué actos son permitidos, cuáles se le prohiben, en esas circunstancias, bien al ex-tutor, después de la emancipación del pupilo, bien al tutor excusado, bien á los herederos del tutor difunto?

" Ninguna disposición legal se aplica claramente á este respecto. El articulo 419 declara, es verdad, que los herederos del tutor están obligados á continuar la gestión del difunto; pero es evidente que, á pesar de esa fórmula, los herederos no continúan la misma gestion; esto es, que no suceden en las mismas atribuciones de administración que correspondía al tutor difunto.

" Pero lo que hemos dicho antes sobre el origen jurídico de este derecho ó más bien de este deber de administrar que sobrevive á la expiración de la tutela, va á servirnos para medir la extensión. En los principios del mandato hemos hallado el fundamento; igualmente en estos principios hallaremos el límite.

" En efecto, el artículo 2010 sirve de regla.

" En caso de muerte del mandatario, los herederos deben dar aviso al mandante, y proveer, mientras tanto, á lo que las circunstancias le exijan respecto á los intereses de éste. " (Demolombe. VIII. 7.8.13.17.18.)

" La tutela es un cargo que impone al tutor la obligación de administrar los bienes del pupilo y cuidar de su persona. Para cumplir estos deberes, el tutor tiene los derechos que pertenecen, por regla general, al administrador..... Todos los efectos de la tutela cesan en la tutela misma, por cuanto cesando la causa cesa el efecto." (Laurent. V. 116.)

" Aunque según la ley no hay tutela cuando el pupilo ha muerto, ó ha salido de la menor edad, puede suceder que de hecho continúe la gestión, pero no es una gestión de tutela que se asegure con hipoteca legal ó que acarree *ipso iure* intereses. Todos los jurisconsultos se acuerdan sobre este punto...

poco es mandatario, porque el Código chileno no reconoce el mandato legal. Luego, es agente oficioso, que en virtud de la naturaleza misma de la situación en que se halla, tiene aptitud para administrar, sin mandato, negocios ajenos.

Tal gestión sólo se extiende al tiempo estrictamente necesario para que los bienes se hallen en estado de entregarse; pues, si expirado el cargo, el guardador continúa administrando con la autorización expresa ó tácita del dueño de los bienes, hay un verdadero mandato conforme al art. 2123, y desde el día en que cese la gestión no fueran aplicables sino las reglas del mandato.

" No es posible admitir la distinción que se ha propuesto entre los actos posteriores á la tutela é independientes de la gestión, y los actos posteriores que sean una consecuencia de esa gestión, á la cual se refieren por una dependencia y conexión necesarias. Esta distinción, en efecto, es del todo nugatoria: ó se trata de un acto ejecutado durante la tutela y que surta efecto después que ella ha terminado, y entonces es verdaderamente un acto de gestión tutelar, ó se trata de un acto posterior á la tutela, y entonces en vano se pretenderia referirlo á la gestión anterior, pues aunque se alegue conexión, la pretensa unidad quedaría disuelta por el suceso que puso fin á la tutela. Por otra parte, esa conexión no existe en realidad sino en las palabras; el mismo ejemplo que se presenta en contrario manifiesta que no es conforme á la realidad de las cosas:

" El tutor ", dice Demolombe, " al día siguiente de determinada la tutela, ha causado daño en los bienes ó los ha dejado perecer por negligencia. ¿A qué titulo ha administrado todavía esos bienes que el pupilo, á penas mayor, no había tenido tiempo de recibir? Es claro que los administraba como tutor, y que era la consecuencia necesaria de la gestión.

" Es claro, al contrario, que el tutor que comenzó á administrar los bienes como tal, cesó de administrarlos con el mismo título desde el instante mismo en que el pupilo es mayor. Los daños causados pueden, á no dudarlo, acarrearle responsabilidad; pero de ahí provendrá una deuda que principia cuando el ex-pupilo es mayor de edad, y no durante el pupilaje; una deuda no asegurada, por ende, con la hipoteca legal. " (Huc. III. 451.)

Art. 418. Habiendo muchos guardadores que administren de consuno, todos ellos a la espiracion du su cargo presentarán una sola cuenta; pero si se ha dividido entre ellos la administration, se presentará una cuenta por cada administracion separada.

REFERENCIAS.

Habiendo muchos guardadores. 347.
Administren. 391.
De consuno. 361. 363. 367. 372.
Cargo. 338.
Cuentas. 415.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 459. Habiendo muchos tutores, todos ellos presentarán una sola cuenta; a menos que se haya dividido entre ellos la administracion, en cuyo caso se presentará una cuenta por cada administracion separada (a).
C. E. 408.
C. C. 507.

COMENTARIO.

225. I. Cuando hay dos ó más guardadores que administran de consuno, todos ellos, á la expiración del cargo, rendirán una sola cuenta;

II. Si se ha divido entre ellos la administración, se presentará una cuenta por cada administración separada.

Clarísimas son estas dos reglas. Vimos ya, al comentar el art. 347, que una misma tutela ó curaduría, puede ser ejercida conjuntamente por uno ó más tutores ó curadores.

Si hay una sola tutela ó curaduría, hay una sola administración, y todos los guardadores deben presentar una

---

(a) Habiendo muchos guardadores que administren de consuno, todos ellos presentarán una sola cuenta; a ménos que se haya dividido entre ellos la administracion, en cuyo cao se presentará una cuenta por cada administración separada. (Art. 458 del Proyecto Inédito.)

sola cuenta. Eso es absolutamente necesario; pues, como lo veremos al estudiar el art. 419, todos los guardadores que administran de consuno son solidariamente responsables.

Cuando se ha dividido la administración, cada uno no es responsable sino de sus actos, y evidentísimo que entonces cada uno da cuenta de los mismos.

El artículo que comentamos es convenientísimo, porque, sin una terminante disposición, á cada paso pudiera haber dificultades sobre si cuando hay dos ó más guardadores cuya administración se ha dividido les fuera postestativo rendir una sola cuenta.

Art. 419. La responsabilidad de los tutores i curadores que administran conjuntamente es solidaria; pero dividida entre ellos la administracion, sea por el testador, sea por disposicion o con aprobacion del juez, no será responsable cada uno, sino directamente de sus propios actos, i subsidiariamente de los actos de los otros tutores o curadores, en cuanto ejerciendo el derecho que les concede el art. 416, inc. 2°, hubiera podido atajar la torcida administracion de los otros tutores o curadores.

Esta responsabilidad subsidiaria se estiende aun a los tutores o curadores jenerales que no administran.

Los tutores o curadores jenerales están sujetos a la misma responsabilidad subsidiaria por la torcida administracion de los curadores adjuntos (*).

REFERENCIAS.

Responsabilidad. 415.
Tutores y curadores. 341. 342.
Administran. 391.
Conjuntamente. 413.

(*) Locré. VII. 191.—38. 240. 17.—Locré. (E.) V. p. 108.—Savigny. (D.) I. § 20. 24.—Pothier. Obligations. 267.—Toullier. II. 1128. 1138.—Demolombe. VII. 391.—Laurent. V. 176.—Duranton. III. 521. 522.—Febrero. I. 151. 15.—Zachariae (A. R.) I. § 90. 117.—Zachariae (M. V.) I. § 225.—Maynz. III. § 348. 350. 351.—Accarias. I. 151. 152.—Ortolan (I.) App. VI. (p. 706-710.)

Solidaria. 1511.
Sea por el testador. 361.
Sea por disposición ó con aprobación del juez. 363. 367. 372.
Derecho. 578.
Tutores ó curadores generales. 340.
Torcida administración de los curadores adjuntos. 344. 391. 392.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 460. La responsabilidad de los contutores i concuradores es solidaria; pero, dividida entre ellos la administracion, sea por el testador, sea por disposicion o con aprobacion del juez, no será responsable cada uno, sino directamente de sus propios actos, i subsidiariamente de los actos del contutor o concurador, en cuanto con mediana dilijencia hubiera podido precaver o poner fin a la torcida administracion de éstos.

Esta responsabilidad subsidiaria se extiende aun a los contutores o concuradores que no administran.

Los tutores o curadores son subsidiariamente responsables aun de la torcida administracion de los curadores adjuntos, que con mediana vijilancia de su parte hubiera podido precaverse o atajarse (a).

C. E. 409.

C. C. 508. La responsabilidad de los tutores y curadores que administran conjuntamente es solidaria; pero dividida entre ellos la administración, sea por el testador, sea por disposición ó con aprobación del Juez ó Prefecto, no será responsable cada uno, sino directamente de sus propios

---

(a) La responsabilidad de los tutores i curadores que administran conjuntamente, es solidaria; pero dividida entre ellos la administracion, sea por el testador, sea por disposicion o con aprobacion del juez, no será responsable cada uno, sino directamente de sus propios actos, i subsidiariamente de los actos de los otros tutores o curadores, en cuanto ejerciendo el derecho concedido por el artículo 456 a los parientes del pupilo, hubiera podido atajar la torcida administracion de los otros tutores o curadores.

Esta responsabilidad subsidiaria se extiende aun a los tutores o curadores jenerales que no administran.

Los tutores o curadores jenerales están sujetos a la misma responsabilidad subsidiaria por la torcida administracion de los curadores adjuntos. (Art. 459 del Proyecto Inédito.)

actos, y subsidiariamente de los actos de los otros tutores ó curadores, en cuanto ejerciendo el derecho que les concede el artículo 505, hubieran podido atajar la torcida administración de los otros tutores ó curadores...

C. A. 210. Si hay dos ó más tutores, su responsabilidad es solidaria si administran conjuntamente; pero el tribunal debe velar en no confiar la persona y la administración principal sino á uno solo.

D. XXVI. VII. 3. § 2. Ceteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus, nec quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare; constat enim, hos quoque excussis prius facultatibus eius, qui gesserit, conveniri oportere, dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes imputabiturque iis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Assidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet, et sollicite curare, qualiter conversetur, et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem; blandiuntur enim sibi, qui putant, honorarios tutores omnino non teneri, tenentur enim secundum eamquae supra ostendimus.

14. Etiam contutoris factum imputatur collegae, si potuit et debuit suspectum facere; interdum et si debuit satis petere, nam si idoneus subito lapsus est, nihil collegae imputari potest.

3. § 2. Esto supuesto, los demás tutores no administrarán, y serán, los que vulgarmente llamamos honorarios : no se juzgue que no son responsables á pérdida alguna; pues consta que éstos pueden ser reconvenidos después de examinadas primero las facultades del que administró, y se les imputará, en algún tiempo, de no haberle acusado de sospechoso, si veían que tenía malversación : les conviene pedirle cuentas muchas veces, y procurar saber cómo administra; y si hay dinero que se pueda depositar, procurar que se deposite para comprar predios : se engañan los que juzgan que los tutores honorarios absolutamente no se obligan; pues son responsables en la forma que hemos expresado.

14. Lo que hizo el contutor también se le imputa al compañero, si pudo y debió acusarle de sospechoso, y talvez si debió pedir fianza; pero si el que era abonado de repente quedó sin bienes, nada se le podrá imputar á su compañero.

55. Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit, et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit, et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit; quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur? Et tutorum quidem periculum commune et in administratione tutelae, et in solidum universi tenentur. Plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum, quam accepit, tenetur.

55. Se nombraron tres tutores al pupilo : el uno administró la tutela, y no era abonado : el segundo mandó á Ticio que la administrase, y éste administró algunas cosas; y el tercero no administró cosa alguna : se preguntó en qué forma estarían obligados. La responsabilidad de los tutores en la administración de la tutela ciertamente es común, y todos se obligan *in solidum;* pero si el dinero del pupilo se dividió entre ellos, no se obligaron por más de lo que recibieron.

COMENTARIO.

226. I. La responsabilidad de los guardadores que administran conjuntamente es solidaria;

II. Si se hubiere dividido entre ellos la administración, bien por el testador, bien por disposición ó aprobación del juez, cada guardador no será responsable directamente sino de sus propios actos;

III. Aun dividida la administración, cada guardador será responsable de la administración de los otros guardadores, si ejerciendo el derecho que les concede la ley hubieran podido atajar la torcida administración de los otros guardadores;

IV. La responsabilidad subsidiaria se extiende á los guardadores que no administran;

V. Los guardadores generales están sujetos á la misma responsabilidad subsidiaria por la torcida administración de los curadores adjuntos.

227. Al comentar el art. 413 anunciamos que cuando hay dos ó más guardadores generales, todos ellos administran de consuno, representan ó autorizan al pupilo. Para que sea más eficaz la responsabilidad de los guardores, ha establecido la ley que si ellos administran de consuno, se

obligan solidariamente á responder de todos los resultados de la administración.

Conforme el art. 1511 la obligación es solidaria cuando habiendo dos ó más deudores, á cada uno de ellos puede exigirse el cumplimiento de la obligación en su totalidad.

La solidaridad de las obligaciones que contraen todos los guardadores que administran se estableció por el Derecho romano, que, en cuanto á la solidaridad, encerraba idénticas disposiciones á las del Código civil : proponiéndose que los guardadores no sólo procuren administrar bien, sino que además velen con la mayor solicitud por los actos de los otros tutores ó curadores.

Si hay dos ó más guardadores, efectivamente la solidaridad es un medio eficaz de asegurar la responsabilidad de los guardadores, y de compeler á cada uno de éstos á velar por la administración de los otros. Pero el caso de dos ó más guardadores es relativamente raro; y, por otra parte, se entorpece casi siempre la administración de los bienes pupilares, en especial cuando los asuntos exigen actividad y prontitud.

Por eso preferimos el sistema del Código de Napoleón, que no permite nombrar más de un tutor, y que designa un protutor á quien se encomiendan dos funciones principales, importantísimas :

1ª Velar por la buena administración de los bienes pupilares, exigiendo periódicamente que el guardador le manifieste las cuentas y la existencias; y

2ª Representar al pupilo cuando hubiere oposición entre los intereses de éste y los del guardador.

Dijimos que en cuanto á la solidaridad misma son idénticas las disposiciones del Código chileno á las de las leyes romanas, las cuales, como lo hemos visto en las *Concordancias*, la declaran expresamente; pero las mismas concedían á los guardadores el beneficio de división cuando administraban de consuno, y si uno solo administraba, los que tenían responsabilidad subsidiaria podían pedir el beneficio de excusión esto es, que ante todo se embargasen y vendieran los bienes del guardador responsable, y que sólo á no ser ellos suficientes, se hiciera efectiva la responsabilidad en los bienes de los otros tutores ó curadores.

Según el Código chileno, á exigirse á todos los guardadores el cumplimiento de la obligación solidaria, conviene demandar á todos; pues la sentencia no aprovecha ni perjudica sino á las partes, y al procederse á la vía de apremio, pueden embargarse y venderse los de cualquiera de ellos al arbitrio del acreedor.

No queremos decir que necesariamente deba proponerse la demanda contra todos, pues hay perfecto derecho para exigir á uno sólo de ellos el cumplimiento de la obligación; pero entonces si el deudor demandado no tiene bienes suficientes, ó se presentan dificultades en la vía de apremio, hubiera de seguirse nuevo juicio contra los otros deudores solidarios. Mas, si á todos se demanda á un mismo tiempo y todos son condenados en una misma sentencia, el acreedor contará con medios expeditos y eficacísimos para que se proceda al embargo y venta de los bienes.

228. Aun cuando se nombre dos ó más tutores ó curadores, lo frecuente es que la administración se divida en las siguientes casos previstos por la ley:

1° El testador tiene la atribución de nombrar dos ó mas guardadores, y dividir entre ellos las funciones:

2° Si el testador nombra dos á más guardadores para que ejerzan de consuno la guarda, y no dividiere entre ellos las funciones, puede el juez dividirlas como mejor convenga para la seguridad de los intereses del pupilo;

3° Si la guarda es legítima, cuando no la ejerce el padre ó madre, puede el juez designar dos ó más guardadores y dividir entre ellos las funciones; y

4° Cuando el guardador es dativo, puede el juez nombrar dos ó más tutores ó curadores y dividir entre ellos las funciones.

Dividida la administración, cada uno no es responsable sino de sus propios actos.

Pero á fin de que todos los guardadores, aun cuando ejerzan una administración separada, velen por los intereses del pupilo, puede cada uno de ellos, cuando sospeche mala administración de otro guardador, pedir que éste manifieste la cuenta de la administración y las existencias. Si ejerciendo esa acción, hubieran podido los otros guardadores atajar la torcida administración de alguno de ellos, también se obligan solidariamente.

En este caso establece la ley dos especies de responsabilidad:

La principal;

La subsidiaria.

La principal también puede ser solidaria, cuando hay dos ó más guardadores que administren de consuno, y otros que ejerzan una administración separada.

La principal se refiere á los actos administrativos de cada guardador, y la subsidiaria á la omisión de los otros, en cuanto hubieran podido evitar la torcida administración ejerciendo la facultad concedida en el art. 416.

Aun en el caso de la responsabilidad subsidiaria, pudiera proponerse á un mismo tiempo la demanda contra el guardador principalmente responsable, y contra los obligados subsidiaria y solidariamente.

En cuanto al primero, versaría el litigio sobre la responsabilidad proveniente de los actos que han originado perjuicio mismo y sobre si era posible impedirlo ejerciendo oportunamente la acción para que el guardador manifieste las cuentas y las existencias.

Ya hemos observado que en este caso el Derecho romano concedía á los guardadores que no administraban el beneficio de excusión; mas el Código chileno faculta para exigir el embargo y venta de los bienes de todos los guardadores cuya obligación se hubiere declarado en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

229. Como los curadores adjuntos ejercen una administración separada, sólo ellos responden de sus actos. Pero como los guardadores generales están obligados, en virtud de la naturaleza misma de su cargo, á promover por cuantos medios estén á sus alcances la conservación y adelanto de los bienes pupilares, nada más jurídico que imponer á todos la obligación de velar por la buena administración de los curadores adjuntos, y que al intento les exijan manifiesten las cuentas y existencias cuando temieren que peligren los intereses del pupilo. Á no cumplir esa obligación, serán responsables de todos los perjuicios que ello le ocasionare.

Y si hay responsabilidad, el sistema del Código exige que sea solidaria, porque se propone no sólo conceder seguridades al pupilo sino también que sus acciones sean

expeditas, y que los obstáculos opuestos por alguno de ellos no impidan que los bienes de los otros se embarguen y vendan.

230. Cuando hay dos ó más guardadores, lo repetimos, este artículo es eficacísimo en cuanto á la responsabilidad. Por lo general no hay sino un solo guardador y rarísimo es el caso de que se exija la manifestación de las cuentas. Además, la administración de algunos guardadores siempre es pesada y llena de obstáculos.

No nos cansaremos de repetir que el sistema del Código es contradictorio : estrictísima responsabilidad de todos cuantos administren los intereses pupilares, y falta de medios para que esa responsabilidad sea efectiva. Compárese el Código chileno con el de Napoleón ó con el argentino, y se verá que D. Andrés Bello, por seguir la rutina del Derecho romano, no se elevó á la altura de los principios asentados por la ciencia moderna.

Art. 420. La responsabilidad subsidiaria que se prescribe en el artículo precedente. no se estiende a los tutores o curadores que, divida la administracion por disposicion del testador, o con autoridad del juez, administren en diversos departamentos (*).

REFERENCIAS.

Solidaria. 1511.
Responsabilidad. 415.
Tutores ó curadores. 341. 342.
Administración. 391.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 461. La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo precedente, no se extiende a los tutores o curadores que, dividida la administracion por el

(*) Demolombe. VII. 210. 211. — Laurent. IV. 412. — Berriat-Saint-Prix. I. 1469. — Maynz. III. § 348.

testador o con autoridad del juez, administren en diversos departamentos (a).

C. E. 410. La responsabilidad subsidiaria prescrita en el artículo precedente, no se extiende á los tutores ó curadores que, dividida la administración por disposición del testador, ó con autoridad del juez, administren en diversos lugares.

C. C. 509. La responsabilidad subsidiaria que se prescribe en el artículo precedente, no se extiende á los tutores ó curadores que, dividida la administración por disposición del testador ó con autoridad del juez ó Prefecto, administren en diversos departamentos.

COMENTARIO.

231. Muy razonable la excepción establecida en este artículo, á saber, que cuando el juez ó testador divide las atribuciones, y los guardadores administran en distintos departamentos ó provincias, no ejercen la atribución de velar por la administracion de los otros guardadores, y por lo mismo no tienen la responsabilidad subsidiaria. Esta responsabilidad proviene de que los guardadores deben emplear la más esmerada diligencia en la conservación y aumento de los bienes pupilares; lo cual exige no sólo que cada guardador proceda diligentemente, sino también que procure á todo trance evitar que los otros administren mal. Si alguno de los guardadores administra en otros lugares, no puede ni suponerse que sea posible la mutua inspección en los actos administrativos; y por lo mismo la más estricta justicia exige que no subsista en ese caso la responsabilidad subsidiria.

Para ello es necesario que concurran dos circunstancias :

(a) La responsabilidad subsidiaria que se prescribe en el artículo precedente, no se extiende a los tutores o curadores que, dividida la administracion por disposicion del testador, o con autoridad del juez, administren en diversos departamentos. (Art. 460 del Proyecto Inédito.)

1ª Que la división provenga de disposiciones del testador ó de fallo judicial; y

2ª Que la administración se efectúe en distintos lugares.

Si falta cualquiera de las dos circunstancias, subsiste la responsabilidad prescrita por el art. 419.

Art. 421. Es solidaria la responsabilidad de los tutores o curadores cuando solo por acuerdo privado dividieren la administracion entre sí (*).

REFERENCIAS.

Solidaria. 1511.
Responsabilidad. 415.
Tutores ó curadores. 341. 342.
Administración. 391.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 462. Es solidaria la responsabilidad de los contutores o concuradores cuando por acuerdo privado dividieren la administracion entre sí (a).
C. E. 411.
C. C. 510.

COMENTARIO.

232. La regla que este artículo fija es copiada textualmente del Derecho romano. De todo punto nugatoria sería la responsabilidad solidaria y subsidiaria de los guardadores, si bastara un acuerdo privado de ellos sobre división de los bienes.

Cuando el testador la ordena consulta los intereses del pupilo y provee á la buena administración.

(*) Savigny. (O.) I. § 20. — Accarias. I. 150. 151.

(a) Es solidaria la responsabilidad de los tutores o curadores cuando solo por acuerdo privado dividieren la administracion entre si. (Art. 461 del Proyecto Inédito.)

Igualmente si el juez, con conocimiento de causa, determina las funciones de cada guardador, muy natural que no se proponga sino proteger al pupilo.

Mas los guardadores pueden proceder á la división atendiendo á sus ocupaciones ó comodidad.

Art. 422. Presentada la cuenta por el tutor o curador, será discutida por la persona a quien pase la administracion de los bienes.

Si la administracion se trasfiere a otro tutor o curador, o al mismo pupilo habilitado de edad, no quedará cerrada la cuenta sino con aprobacion judicial, oido el respectivo defensor (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Cuenta. 415.
Administración. 391.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 463. La cuenta será discutida por el tutor o curador que suceda en la administracion de los bienes, o por el marido de la pupila, o por el pupilo que ha salido del estado de pupilaje i administre libremente lo suyo, o por la persona a quien por causa de muerte se hayan transferido sus derechos.

Las disputas i contestaciones serán decididas como las otras materias civiles.

En el primero de los casos enumerados en el primer inciso, no quedará cerrada la cuenta sino por decreto de juez con audiencia del defensor de menores.

(*) Locré. (E.) p. 247-249.—Dalloz. Minorité. 597. 599. 602. 603. 605. 606.—Laurent. V. 127. 128. 131.—Demolombe. VII. 552. VIII. 42. 43. 55-57.—105-106.—Zachariae (A. R.) I. § 121. —Zachariae (M. V.) I. § 219.—Huc. III. 454.—Duranton. III. 615.—Accarias. I. 169.

Al menor que ha obtenido habilitacion de edad es necesario decreto judicial con conocimiento de causa (a).

C. E. 412.....

Si la administración se transfiere á otro tutor ó curador, no quedará cerrada la cuenta sino con aprobación judicial, oído el respectivo defensor.

C. de N. 473. Si le compte donne lieu à des contestations, elles seront poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile.

473. Si la cuenta origina controversias, serán sustanciadas y resueltas como las demás controversias en materia civil.

C. Arg. 421. Si el tutor entrase en lugar de un tutor anterior, debe inmediatamente pedir á su predecesor ó á sus herederos, la rendición judicial de las cuentas de la tutela, y la posesión de los bienes del menor.

C. C. 511.

C. Esp. 280. El tutor que sea reemplazado por otro estará obligado, y lo mismo sus herederos, á rendir cuenta general de la tutela al que le reemplace; cuya cuenta será examinada y censurada en la forma que previene el artículo precedente. El nuevo tutor será responsable al menor de los daños y perjuicios, si no pidiere y tomare las cuentas de su antecesor.

COMENTARIO.

233. I. Presentada la cuenta por el tutor ó curador, será discutida por la persona á quien pase la administración:

II. Si la administración se transfiere á otro guardador, ó al pupilo habilitado de edad, no quedará cerrada la

(a) Espirada la tutela o curaduría, será presentada la cuenta por el tutor o curador, i discutida por la persona a quien pase la administracion de los bienes.

Si la administracion se transfiere a otro tutor o curador, o al mismo pupilo habilitado de edad, no quedará cerrada la cuenta sino con aprobacion judicial, oido el respectivo defensor. (Art. 462 del Proyecto Inédito.)

cuenta sino con aprobación judicial, oído el respectivo defensor.

234. La administración del guardador puede terminar, bien porque el pupilo deje de ser incapaz, bien porque hubiere muerto, bien porque el guardador se excuse ó incurra en incapacidad ó porque el mismo guardador hubiere fallecido.

Cuando el pupilo deja de ser incapaz, ó suceden en sus derechos personas hábiles para administrar sus bienes, no hay dificultad alguna para presentar y discutir la cuenta, porque el aprobarla es consecuencia de la libre administración de los bienes.

Si subsistiendo la incapacidad del pupilo, se le nombra otro guardador, éste es el que debe examinar la cuenta y objetarla ó aprobarla (74).

Si un guardador sucede á otro, debe proceder, como ya lo hemos visto, á recibir los bienes según el primitivo inventario, anotando en él las diferencias, con las solemnidades prescritas para la formación del nuevo inventario. Cotejado el inventario, pasa el guardador á examinar la cuenta que el otro le presente; y á omitir ese importantísimo deber, sería responsable de la administración del otro guardador.

Á la expiración de la segunda guarda, el pupilo no exigirá la cuenta á los dos guardadores sucesivos sino exclusivamente al segundo, lo cual se deduce de la obligación impuesta al segundo de exigir la cuenta y examinarla. De la misma manera, cuando hubiere dos ó más guardadores, el pupilo no exige la cuenta sino al último, el cual

---

(74). " Cuando el tutor principia á ejercer su cargo, pueden presentarse dos casos : ó bien el pupilo estaba ya en tutela, ó bien la tutela comienza por primera vez.

" En el primer caso, *el nuevo tutor debe exigir al otro ó á sus herederos la cuenta de la tutela,* y que le entreguen los bienes del pupilo.

" Evidente, en efecto, que el primitivo tutor no puede rendir la cuenta al pupilo, que es incapaz de recibirla. Rendirála, pues, al tutor que le reemplaza, á quien trasmite la administración, y el último tutor rinde la cuenta de todas las administraciones al pupilo que sale de la tutela. " (Zachariae. (M. V.) I. § 219.)

se constituye responsable de la administración de todos los demás (75).

235. Para precautelar eficazmente los intereses del pupilo, ha dispuesto la ley que la cuenta que un guardador rinde á otro ó al menor habilitado de edad, no surta efecto alguno sino cuando hubiere sido aprobada por el juez con audiencia del defensor de menores. El asunto es en realidad muy grave; el nuevo guardador pudiera incurrir en descuido al glosar la cuenta, y como ella debe ser documentada, suministra al juez todos los datos necesarios para que proceda con pleno conocimiento de causa.

---

(75). " Cuando el pupilo ha tenido sucesivamente dos ó más tutores, el último debe comprender en la cuenta definitiva de la tutela la de la gestión de los tutores precedentes; y el ex-pupilo puede glosar esas cuentas, así como las del último tutor, que es responsable de todos los resultados. Incontestable parece esta proposición, pues el nuevo tutor puede recibir la cuenta del primitivo y exonerarle de responsabilidad. " (Zachariae. A. R. I. § 121.)

" ¿A quién debe rendirse la cuenta?. A la persona que, terminada la tutela, procede á la administración de los bienes..... Cuando la tutela queda vacante, *el primitivo tutor puede rendir cuenta de su gestión al tutor que le reemplaza*. Este tiene el derecho y el *deber* de exigirla; si no lo hace, es responsable de negligencia que compromete los intereses del pupilo. Rendida y aprobada la cuenta, el primitivo tutor queda exonerado de responsabilidad, pues la cuenta se reputa glosada por el pupilo, y, por consecuencia, le obliga. Aplícase entonces el principio de que los hechos del tutor son hechos del pupilo, y dedúcese una consecuencia importante en el caso frecuentísimo de que haya dos ó más tutelas sucesivas. Por lo regular cada nuevo tutor tiene de exigir al primitivo la cuenta de su gestión, y es responsable á no hacerlo. Cuando la tutela termina definitivamente, el ex-pupilo puede exigir una cuenta general; el último tutor es quien debe rendirla; y por lo mismo es reponsable de todas las administraciones, salva su acción contra los primitivos tutores. En cuanto al pupilo, no está obligado á proceder contra todos los tutores que sucesivamente adminitraron la tutela; pues el último tutor es responsable de toda la administración. " (Laurent. V. 127-128.)

¿A quién debe rendirse la cuenta, y si hubo dos ó más tutores, cómo deberá procederse? Para resolver este problema debemos examinar primeramente cómo ha terminado la tutela... Si la tutela termina *ex parte pupillo,* entonces la cuenta se le

Art. 423. Contra el tutor o curador que no dé verdadera cuenta de su administracion, exhibiendo a la vez el inventario i las existencias, o que en su administracion fuere convencido de dolo o culpa grave, habrá por parte del pupilo el derecho de apreciar i jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante; i se condenará al tutor o curador en la cuantía apreciada i jurada; salvo que el juez haya tenido a bien moderarla.

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Pagarán. 1568.
Intereses corrientes. 2206.
Desde el día en que su cuenta quedase cerrada. 415.
Mora. 1551.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 464. Contra el tutor o curador que no dé verdadera cuenta de su administracion, exhibiendo a la vez el inventario i las existencias, o que retardare la entrega de éstas, o que en su administracion fuera convencido de dolo

---

rinde á él. Si, al contrario, la *tutela* termina *ex parte tutoris,* por ejemplo, si el tutor se excusa ó es removido, *la cuenta se rinde al nuevo tutor,* esto es, de tutor á tutor, y si el primitivo ha muerto, la cuenta se rinde por los herederos.

" Así, la cuenta del último tutor comprende las gestiones precedentes; lo cual no liberta al primitivo tutor por parte del pupilo. Acerca de esto se ha juzgado : 1° Que cuando hay dos ó más tutelas sucesivas, el pupilo tiene derecho para exigir una cuenta general al último tutor... 2° Que si un tutor sucede á otro debe, cuando el pupilo es mayor, comprender, en su cuenta la administración de los que le han precedido... 3° Que la cuenta no es completa y definitiva, sino cuando la del segundo tutor comprende la gestión de la tutela íntegra, esto es, la gestión del primer tutor y la suya propia; 4° Que, por consecuencia, mientras no se rinda tal cuenta, el segundo tutor no queda exonorado de la tutela... " (Dalloz. Minorité. 597. 598).

(*) Dalloz. Minorité. 408. 621. — Toullier. II. 1197. — Demolombe. VII. 569. — Zachariae (A. R.) I. § 112. — Zachariae (M. V.) I. § 219. — Bonnier. I. 242. — Maynz. III. 350. — Febrero. I. 160. 7. — Gutiérrez (J.) P. II. c.I. 17-19. 27-58. 59.

o culpa grave, habrá por parte del pupilo el derecho de apreciar i afirmar bajo juramento la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante; i se condenará al tutor o curador en la cuantía apreciada i jurada, salvo que el juez haya tenido a bien moderarla.

Pero no bastará el juramento por parte del demandante contra los herederos del tutor o curador, si éste hubiere fallecido ántes de contestarse la demanda (a).

C. E. 413. Contra el tutor ó curador que no den verdadera cuenta de su administración, exhibiendo juntamente el inventario y las existencias, ó que en su administración fueren convencidos de dolo ó culpa grave, habrá, por parte del pupilo, el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante; y se condenará al tutor ó curador en la cuantía apreciada y jurada, salvo que el juez tenga á bien moderarla.

C. C. 512.

C. Arg. 461. Contra el tutor que no dé verdadera cuenta de su administración, ó que sea convencido de dolo ó culpa grave, el menor que estuvo á su cargo tendrá el derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio recibido, y el tutor podrá ser condenado en la suma jurada, si ella pareciere al juez estar arreglada á lo que los bienes del menor podían producir.

P. III. XI. 6. Rebelde seyendo el Guardador, de manera que non quisiesse dar cuenta verdadera al huerfano, despues que fuesse de edad, o a otro que la quisiesse recebir en nome del; o no le quisiesse entregar sus cartas; o non mostrasse la carta del inuentario, en que fuessen escritos todos los bienes del huerfano; o no le entregasse las otras cosas, que ouiesse tenido en guarda por el; o si le fuesse

---

(a) Contra el tutor ó curador que no dé verdadera cuenta de su administracion, exhibiendo a la vez el inventario i las existencias, o que en su administracion fuere convencido de dolo o culpa grave. habrá por parte del pupilo el derecho de apreciar i jurar la cuantía del perjuicio recibido comprendiendo el lucro cesante; i se condenará al tutor o curador en la cuantía apreciada i jurada; salvo que el juez haya tenido a bien moderarla.

Pero si el guardador falleciere antes de contestar la demanda, no bastará el juramento del demandante contra los herederos del guardador, que no se hayan hecho culpables de desfalco o malversacion de los bienes del pupilo. (Art. 463 del Proyecto Inédito.)

prouado que al huerfano menoscabara alguna cosa de lo suyo por culpa, o por engaño de su Guardador; dezimos, que estonce, en qualquier destos casos, puede el Judgador dar le jura, a este que fue huerfano, que jure, por quanto non querria auer menos aquella cosa, que su Guardador non le queria entregar; o en quanto aprecia el daño, e el menoscabo que recibio por razon del. E deuese librar el pleyto por su jura; apreciando todavia el Judgador, e asmando, fasta que quantia manda al huerfano que jure, assi como de suso deximos.

D. XXVI. VII. 7. (Véanse las *Concordancias* del art. 378).

COMENTARIO.

236. I. El pupilo ó la persona que le sucede en sus derechos tiene de apreciar y jurar la cuantía de los perjuicios que el guardador le hubiere ocasionado, en los casos siguientes:

1° Cuando el guardador no exhibe el inventario de los bienes;

2° Cuando no presenta las existencias; y

3° Cuando fuere convencido de dolo ó culpa grave.

237. El derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante, es acaso el más importante de los que concede el Código civil para precautelar los intereses del pupilo.

Ese derecho fue reconocido y garantizado, como lo hemos visto en las *Concordancias*, así por el Digesto como por las Partidas (76); y si bien los más acreditados comen-

---

(76) Mater ergo non conficiens inventarium, cum sit tutrix filiorum... quatuor poenas incurrit. Prima est, quia dolosam suspicionem incurrit... Quarta est, quod per pupillum *juratur in litem contra eam.*

"Tutor autem qui repetorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur (ut in matre tutrice praediximus) nisi forte aliqua necessaria et fortissima causa allegari posset, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea condicione est, ut teneatur in id, quod pupillo interest, quod *ex jurejurando in litem aestimatur.*" (Gutiérrez. (J.) P. II. c. 1. 15. 17.)

tadores del Código de Napoleón opinan que en caso de no haberse formado el inventario puede probarse la cuantía de los bienes por testigos, por la fama pública y aun deferirse al juramento del pupilo (77), no hay en el propio

---

(77) " Tan luego como se levantan los sellos debe el tutor... *formar inventario de los bienes muebles é inmuebles, corporales é incorporales,* que componen el patrimonio del pupilo.

" Si el tutor no ha cumplido esta obligación, puede el pupilo justificar el monto de su hacienda por todo género de pruebas autorizadas por la ley, aun por la fama pública, ó por medio del juramento *in litem,* que ofrezca prestar, sin perjuicio de aplicarse, en el respectivo caso, las disposiciones del artículo 1442. " (Zachariae. A. R. 1. § 112).

" El artículo 451 no impone ninguna pena si expira el plazo sin formarse inventario. Pero el tutor sería responsable, según el derecho común, del perjuicio que el retardo ocasiona al menor.

" Con mayor razón sería responsable de la falta absoluta de inventario, ó, lo que es lo mismo, de inventario infiel.

" Hé aquí las consecuencias que, según los casos, resultarían contra el tutor :

" 1ª El pupilo ó su representante tiene el derecho de probar con testigos, ó por la fama pública, el precio de los bienes. Tal era el derecho antiguo, y evidentemente subsiste en el Código de Napoleón según los artículos 1348, 1353, 1415, 1504 y 1442 :

" 2ª Puede deferirse á los interesados el juramento *in litem.* El Derecho romano y nuestro antiguo Derecho francés aceptaban este principio, que se funda hoy en el artículo 1379 del Código de Napoléon... " (Demolombe. VII. 569).

" Si el tutor administra los bienes sin formar inventario, pudiera ser tenido como sospechoso...

" Según el Derecho romano los daños y perjuicios se estimaban por el pupilo, á quien el juez defería el juramento *in litem.* El menor estimaba la pérdida que, en su concepto, le ocasionaba la falta de inventario, y afirmaba, con juramento, el monto de los perjuicios. El juez podía reducir esa estimación, y ordenar que el pupilo fuese creído, bajo juramento, hasta concurrencia de una suma cierta.

" Según el fuero de Bretaña si se admitía el juramento *in litem,* exigíase que le precediese la prueba de la fama pública. El juez, oídos los testigos, podía reducir la suma demandada, y ordenar que el actor fuese creído, bajo juramento, hasta concurrencia de esa suma.

" Esta práctica, aceptada en todas las provincias de derecho foral, cuando el cónyuge había omitido formar inventario de los

Código ninguna disposición expresa ni menos una que tanga la extensión y eficacia de la que examinamos.

238. En cuanto al inventario, el guardador puede haber incurrido en la inexcusable falta de no formarlo, ó formado, ocultarlo porque contra él sería un gravísimo cargo.

Así, á no concederse el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, dificilísima fuera la situación del pupilo; pues á causa de la omisión del guardador, carece del único instrumento público que pudiera servirle para justificar la falta que él comete; y era necesario conceder al pupilo derechos exorbitantes; porque él, incapaz, indefenso, sin protección ni amparo, ha quedado á merced del guardador; el cual, contraviniendo á la ley y á las más elementales nociones de moral y de justicia, se ha apoderado de los bienes sin formar inventario, ó lo que es peor todavía, habiéndolos dilapidado, destruye la única prueba que estaba obligado á rendir. Muy justo, pues, conceder al pupilo el derecho de estimar con juramento la cuantía de los bienes y el perjuicio que experimenta á causa de no haberse formado el inventario.

239. Lo propio es aplicable cuando, exhibido el inventario, no existen los bienes del pupilo. Si falta el inventario ó no se presentan los bienes, la ley declara que el guardador no rinde verdadera cuenta; la cual no consiste

---

bienes sociales, se sanciona por el artículo 1442 del Código civil, el cual debe aplicarse á todos los tutores." (Toullier. 11. 1195. 1197).

"El plazo de diez días dentro del cual debe el tutor formar inventario no es riguroso.

"Pero si hay falta absoluta de inventario el tutor se expone á las siguientes consecuencias:

"1ª Puede ser removido por incapacidad ó infidelidad...

"2ª Se deferirá al pupilo el juramento supletorio sobre el precio de las cosas que demanda." (Huc. 111. 390.)

"La responsabilidad del tutor sería, muy grave si hubiese falta absoluta de inventario ó inventario infiel. En tal caso el pupilo tuviera el derecho de probar, tanto con documentos como con testigos, ó aun por la fama pública, el valor de los bienes, y sobre todo en qué consisten, y aun pudiera *deferirse á los interesados el juramento in litem.*" (Dalloz. Minorité. 408.)

sino en la comparación entre los bienes recibidos, los productos de éstos, los que existen actualmente y los gastos que se han hecho.

Si no existen los bienes, nada significa el inventario, y éste no puede servir de base cierta para determinar los perjuicios que el pupilo hubiera recibido. Debió, pues, también en este caso concederse al pupilo el derecho de apreciar con juramento los perjuicios provenientes de la falta de los bienes.

240. Aun cuando el guardador exhiba el inventario y presente los bienes, si en la administración se le convence de dolo ó culpa grave, tiene el pupilo la facultad de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido.

Tampoco en ese caso procedería la ley equitativamente si obligase al pupilo á rendir todas las pruebas de donde se deduzca á punto fijo en que consiste el perjuicio recibido.

Nótese que la ley es clarísima al disponer que el pupilo debe rendir las pruebas de que el guardador ha incurrido en dolo ó culpa grave.

Al comentar el art. 44 vimos que el dolo consiste en maquinaciones fraudulentas con el objeto de perjudicar á una persona; que la culpa grave es la falta de la diligencia que aun los hombres menos cuidadosos emplean frecuentemente en sus asuntos; y que la culpa grave en materia civil equivale al dolo.

La disposición de que es necesario convencer de dolo ó culpa grave, no se opone al sistema general del Código; antes al contrario la ley expresa que el dolo no se presume sino en los casos previstos por la ley, y que en los demás debe probarse. Si bien el art. 1547 declara que incumbe la prueba de la diligencia al que ha debido emplearla, eso no es aplicable ahora, porque se trata de los actos que constituyen culpa grave. Si, por ejemplo, el guardador, al rendir la cuenta, expresa que han perecido ciertos objetos por caso fortuito, á él le incumbe la prueba, así del caso fortuito como de la diligencia empleada; pero si se trata, y tal es el supuesto del artículo, de que el guardador ha incurrido en culpa grave, al pupilo corresponde probar los actos de negligencia.

Art. 424. El tutor o curador pagará los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra, desde el dia en que su cuenta quedare cerrada o haya habido mora en exhibirla, i cobrará a su vez los del saldo que resulte a su favor, desde el dia en que cerrada su cuenta los pida (*).

REFERENCIAS.

Tutor ó curador. 341. 342.
Pagarán. 1568.
Intereses corrientes. 2206.
Desde el dia en que su cuenta quedare cerrada. 415.
Mora. 1551.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 465. El tutor o curador deberá intereses al pupilo por el saldo que resulte en su contra, desde el dia en que la cuanta quedare cerrada, o desde el dia en que se haya constituido en mora de exhibirla; i el pupilo al tutor o curador, desde el dia en que éstos, cerrada la cuenta, exijan el pago del saldo que haya resultado a su favor (a).

C. E. 414. El tutor ó curador pagarán los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra, desde el día en que su cuenta quedare cerrada o haya habido mora en exhibirla; y cobrarán, á su vez, los del saldo que resulte á su favor, desde el día en que, corrada su cuenta, los pidan.

C. de N. 474. La somme à laquelle s'élèvera le reliquat | 474. La suma á que monte el saldo que deba el tutor,

(*) Locré. VII. 143. art. 70-208. art. 85. — Pothier. Personnes. 198. — Dalloz. 471. 627. 531. 633. 637-640. — Laurent. V. 117. 143-149. Demolombe. VII. 132-143. — Toullier. II. 1273. 1274. — Zachariae (M. V.) I. § 230. — Zachariae (A. R.) I. § 121. — Duranton. III. 640. 641. — Maynz. III. § 350.

(a) El tutor o curador deberá los intereses corrientes al pupilo por el saldo que resulte en su contra desde el dia en que la cuenta quedare cerrada, o desde el dia en que se haya constituido en mora de exhibirla; i el pupilo, al tutor curador, desde el día en que éstos, cerrada la cuenta, exijan el pago del saldo que haya resultado a su favor. (Art. 465 del Proyecto Inédito.)

dû par le tuteur, portera intérêt sans demande, à compter de la clôture du compte.

Les intérêts de ce qui sera dû au tuteur par le mineur ne courront que du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture du compte.

producirá intereses, sin demanda, desde la clausura de la cuenta.

Los intereses de lo que adeude al menor el tutor, no correrán sino desde el día de requerimiento de pago, que hubiere seguido á la clausura de la cuenta.

C. Arg. 466. Los saldos de las cuentas del tutor producirán el interés legal.

P. de G. 265. El alcance que resultare á favor, ó en contra del tutor, producirá interes legal.

En el primer caso, desde que el menor sea requerido para el pago previa entrega de sus bienes.

En segundo, desde la rendición de cuentas, si hubieren sido dadas dentro del término designado por la ley, y si no desde que espire el mismo.

C. C. 513.

C. P. 352. El guardador pagará no solo el alcance que adeude, segun la liquidación final de sus cuentas, sino tambien los intereses de ese alcance, á razon del seis por ciento anual, devengados desde dos meses despues del fenecimiento de su cargo.

C. Esp. 286. El saldo que de las cuentas generales resultare á favor ó en contra del tutor producirá interés legal.

En el primer caso, desde que el menor sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes.

En el segundo caso, desde la rendición de cuentas si hubiesen sido dadas dentro del término legal, y, si no, desde que éste expire.

D. XXVI. VII. 7. § 15. Sciendum est, tutorem et post officium finitum usuras debere in diem, quo tutelam restituit.

7. § 15. Se ha de saber, que el tutor debe usuras después que feneció su cargo, hasta que restituya la tutela.

COMENTARIO.

241. Tenemos las dos siguientes reglas :

I. El guardador debe pagar los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra, en dos casos :

1° Cuando su cuenta quedare cerrada; y

2° Cuando haya habido mora en exhibirla.

II. Tiene derecho á exigir los intereses del saldo que resulte á su favor, desde el día en que cerrada la cuenta los pida.

242. Para comprender cuándo queda cerrada la cuenta del guardador, debemos recordar que el art. 415 le impone la obligación de exhibir la cuenta tan luego como su administración termine. ¿Podrá exhibir la cuenta á no estar cerrada? Perece que no, pues si bien el guardador debe exhibirla el día mismo en que termine su administración, puede haber asuntos pendientes que conforme al art. 417 deben terminar, y la cuenta no queda cerrada sino cuando el guardador hubiere asentado en ella la última partida; pues sólo desde entonces se conoce á punto fijo cuál es el saldo que hay en su contra.

243. Este artículo encierra una disposición excepcional, pues según el 1551 el deudor no se constituye en mora sino cuando se ha vencido el plazo para el cumplimiento de una obligación, ó cuando se le ha reconvenido judicialmente. Mas, en el presente caso, basta el hecho de haberse cerrado la cuenta para que el guardador se constituya en mora y corran contra él los intereses del saldo.

244. También es excepcional la disposición concerniente á los intereses, pues la regla general consiste en que, constituído el deudor en mora, corren contra él los *intereses legales*, y en el presente caso, se deben los *intereses corrientes*.

Ambas disposiciones excepcionales se fundan en las relaciones de respeto y consideración entre el pupilo y el guardador; pues nada más natural que el pupilo no demande al guardador la cuenta sino pasado algún tiempo, y la ley debe protegerle disponiendo que aun cuando no hubiere demanda corran contra el guardador los intereses de plaza y desde el día en que la cuenta hubiere quedado cerrada (78).

---

(78) " Por regla general los intereses de una suma de dinero no corren contra el deudor sino desde el día de la demanda.

" Pero el artículo 474 forma excepción á esta regla.

245. Si hay un saldo en beneficio del guardador, el pupilo le debe los intereses corrientes desde el día en que, cerrada la cuenta, los exige el guardador. Como se ve, la ley coloca en muy distinta situación al pupilo y al guardador : éste debe los intereses corrientes por el mero hecho de quedar cerrada su cuenta, mas aquél no los debe sino

---

" Atendiendo al interés del pupilo la ley teme que algún motivo de deferencia ó aún de temor, le impida exigir los intereses, bien por demanda, bien por mera reconvención al antiguo tutor; y por eso corren de derecho los intereses, teniéndose además en cuenta las causas del crédito del menor, entre las cuales puede contarse la negligencia y algunas veces la infidelidad del tutor. " (Demolombe. VIII. 132.)

" Según el artículo 474 la suma á que monte el saldo debido por el tutor produce intereses, sin demanda, desde que la cuenta quede cerrada. Esta disposición pugna con el derecho común; pues el mandatario no debe intereses de la suma á que asciende el saldo sino desde el día que se constituye en mora, al paso que el tutor está en mora por el ministerio de la ley. La ley supone que el pupilo no se atreverá á entablar demanda contra el ex-tutor, porque ella inculparía negligencia, talvez infidelidad. La excepción se funda, pues, en las relaciones que la tutela establece entre el tutor y el pupilo. De lo cual se deduce que no debe limitarse á los hechos de la tutela. El pupilo puede tener créditos contra el tutor independientes de la tutela. ¿Producirán intereses estos créditos por el ministerio de la ley, por cuanto forman parte del saldo? La respuesta afirmativa es cierta. El saldo es el que produce intereses sin demanda, y el saldo consiste en la diferencia entre los ingresos y los gastos. Trátase, pues, de averiguar si todos los créditos del pupilo deben figurar en los ingresos. Opinamos afirmativamente. Si el crédito existe cuando principió la tutela, debe figurar en el inventario; y todo lo que de él consta debe comprenderse en el capítulo del saldo de la cuenta. Lo mismo es aplicable si el derecho nace durante la tutela; se comprende en el patrimonio del pupilo y debe entrar en la cuenta como crédito por cobrar. Además, si suponemos que el crédito es exigible, el tutor ha debido pagarlo, y formará parte del cargo efectivo. Si el tutor no lo ha pagado durante la tutela, debe los intereses en virtud del artículo 455, y es justo que los deba como deudor del saldo. El espíritu de la ley es tan claro como su tenor. En efecto, ¿experimentará el pupilo menor perjuicio y menos temor respetuoso para obrar contra su tutor porque el crédito es anterior á la tutela? El demandar al tutor, de quien ha recibido beneficios, es lo que le impedirá, y ese motivo se aplica á toda demanda. " (Laurent. V. 143.)

cuando, cerrada la cuenta, el guardador exige los intereses del saldo.

Según el art. 424 no es necesario que el guardador reconvenga judicialmente al pupilo para que éste le adeude los intereses corrientes; pues basta que se los pida. La ley no compele al guardador á deducir una odiosa demanda contra el pupilo, y por eso da la regla excepcional de que, cerrada la cuenta, manifieste al pupilo que le debe los intereses corrientes de saldo, y si no los satisface inmediatamente, continúan corriendo hasta el pago efectivo.

246. La diferencia de situación entre el guardador y el pupilo se funda en clarísimas razones. El guardador es quien lleva la cuenta, y quien debe cerrarla y exhibirla, y una vez cerrada, muy natural que si no paga el saldo inmediatamente, corran contra él los intereses de plaza en beneficio del pupilo.

Cumplida por el guardador la obligación de cerrar la cuenta, el pupilo adeuda los intereses corrientes, bastando que el guardador se los exija.

Si cerrada ó exhibida la cuenta, se siguiere acerca de ella un litigio, eso no obsta ni en lo más mínimo á la obligación de pagar los intereses corrientes, pues los efectos de la sentencia se retrotraen siempre á la fecha de la citación.

Art. 425. Toda accion del pupilo contra el tutor o curador en razon de la tutela o curaduría, prescribirá en cuatro años, contados desde el dia en que el pupilo haya salido del pupilaje.

Si el pupilo fallece antes de cumplirse el cuadrienio, prescribirá dicha accion en el tiempo que falte para cumplirlo (*).

(*) Locré. VII. 145. art. 77-209. art. 86-239. 16.—Dalloz. Minorité. 664-667. 676-685.—Prescription. 416-418.—Savigny. VIII. § 380.—Troplong. Prescription. II. 488.—Touillier. II. 1275-1277.—Laurent. V. 183-190.—Demolombe. VII. 45-49. 148-176—Zachariae (M. V.) I. § 230.—Zachariae (A. R.) I. § 121.— Duranton. III. 642-647.—Delvincourt. I. p. 467 (L. 2).— Chabot. Compte de tutelle.

REFERENCAIS.

Acción. 558.
Pupilo. 346.
Tutor ó curador. 341. 342.
Prescribirá. 2492.
Cuatro años. 48. 2524.
Prescribirá dicha acción. 2514.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 466. Toda accion del pupilo contra el tutor o curador en razon de la tutela o curaduria, prescribirá en cuatro años, contados desde el dia en que el pupilo haya salido de pupilaje.

Si el pupilo fallece ántes de salir de pupilaje, o ántes de cumplirse al cuadrienio del inciso precedente, prescribirá dicha acción en cuatro años, contados desde la muerte del pupilo (a).

C. E. 415. Toda acción del pupilo contra el tutor ó curador, en razón de la tutela ó curaduría, prescribirá en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje; sin que se comprenda en esta disposición la acción que tiene para cobrar el saldo que resultare.

Si el pupilo falleciere antes de cumplir el cuadrienio, prescribirá dicha acción en el tiempo que falte para cumplirlo.

C. de N. 475. Toute action du mineur contre son tuteur relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité.

475. Toda acción del menor contra su tutor, relativamente á los hechos de la tutela, prescribe en diez años contados desde que el pupilo sea mayor.

C. Arg. 4025. La accion del menor, sus herederos y re-

(a) Toda accion del pupilo contra el tutor o curador en razon de la tutela o curaduría, prescribirá en cuatro años contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje.

Si el pupilo fallece ántes de cumplirse el cuadrienio del inciso precedente, prescribirá dicha accion en el tiempo que falte para cumplirlo. (Art. 466 del Proyecto Inédito.)

presentantes para dirigirse contra el tutor por razon de la administracion de la tutela; y recíprocamente, la del tutor contra el menor ó sus herederos, se prescriben por diez años, contados desde el dia de la mayor edad ó desde el dia de la muerte del menor...

P. de G. 266. A los diez años de acabada la tutela se estinguen todas las acciones que recíprocamente competan al tutor y al menor, por los actos relativos á la tutela.

C. C. 514.

C. de la L. 356. La acción del pupilo contra el tutor, en cuanto a los actos de la tutela, prescribe en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo es mayor.

C. Esp. 287. Las acciones que recíprocamente asistan al tutor y al menor por razón del ejercicio de la tutela, se extinguen á los cino años de concluída esta.

D. XXVII, III. 1. In omnibus, quae fecit tutor, quum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam.

§ 23. Hanc actionem, sciendum est, perpetuam esse, et herede similibusque personis dari ex eo, quod vivo pupillo captum est; sed in heredem ceterosque sucessores non dabitur, quia poenalis est.

1. El tutor se obliga por esta acción por todas las cosas que hizo, y no debía hacer, y por las que no hizo; y se hace responsable del dolo, de la culpa y del mismo cuidado que en sus propias cosas.

§ 23. Se ha de saber, que esta acción es perpetua, y se da al heredero, otras semejantes personas por lo que el pupilo fue perjudicado mientras vivió; pero no se dará contra el heredero y sus sucesores, porque es penal.

COMENTARIO.

247. I. Toda acción del pupilo contra el tutor ó curador en razón de la tutela ó curaduría, prescribe en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje.

El Derecho romano declaraba imprescriptibles todas las acciones del pupilo contra el guardador, y según el antiguo Derecho francés las mismas acciones prescribían

en treinta años. Los redactores del Código de Napoleón la limitaron á diez, consultando los intereses del guardador; y juzgaron que así restringían los derechos del pupilo (79). Parece, pues, no sólo contrario á los principios sino hasta

---

(79) " El proyecto que os presento contiene otra reforma muy grave en la duración de las acciones contra el tutor á causa de su administración.

" Hasta ahora esta acción no tenía, en general, otros limites que los de la más larga prescripción inmueble, prescripción cuya duración era diferente según las provincias, y que, en algunas, se extendia hasta treinta años.

" Cualquiera que sea después la prescripción más larga, nos ha parecido conveniente, en este caso especial, limitarla á diez años; porque si debe favorecerse al pupilo, no debe precindirse del tutor.

" La tutela es para él, mientras dura, una gestión onerosa, una carga de familia, cuyos resultados no deben prolongarse indefinidamente contra él : concediendo al pupilo diez años desde su edad mayor para el ejercicio de todas las acciones relativas á la tutela, se ha hecho lo suficiente; y todo exceso en esta materia sería un mal grave para la sociedad en general. " (Berlier. Locré. VII. 239. 16.)

" La tutela es una carga grave, y los elementos de que se compone la cuenta de gestion tienen efímera existencia; por lo cual parece justo y razonable libertar, después de diez años, al tutor y sus herederos de la obligación de rendir cuenta de una administración cuyos actos no pueden justificarse sino difícilmente. " (Duranton. III. 642.)

" Es una prescripción especial la establecida por el artículo 475 para este género de acciones, pues se ha juzgado que sería muy duro dejar al tutor expuesto durante treinta años á las persecuciones del menor ó de sus sucesores. Por otra parte, durante ese tiempo, los elementos de que se compone la cuenta debe necesariamente desaparecer, y se pierde la huella de una infinidad de hechos cuyo conocimiento es necesario para la inteligencia de la cuenta. " (Delvincourt. 1. p. 467. 1.)

" El haberse abreviado el plazo de la prescripción ordinaria se justifica, á mi ver, por dos razones principales :

" 1ª No es de creer que el pupilo que llega á la mayor edad permanezca diez años sin procurar conocer sus bienes de fortuna y el estado de sus negocios. Luego, su silencio induce á presumir que los conocía, y que se abstiene de gestionar porque sabe que el resultado de la cuenta no le será favorable;

" 2ª Ha debido considerarse la condición ya tan onerosa de los tutores para restringir el tiempo de su responsabilidad, y no extenderla para cuando los elementos de la cuenta no estén

absurdo limitar á cuatro años las acciones que concede la ley al pupilo contra el guardador.

Cierto, certísimo que en muy largo tiempo pueden desaparecer las pruebas que eximen de responsabilidad al guardador, y que mientras tanto están comprometidos sus bienes en virtud del privilegio que la ley concede al pupilo. Pero si el guardador quiere evitar tales inconvenientes, tiene expedito el derecho de presentar judicialmente la cuenta para que, discutida y resuelta, termine toda responsabilidad.

El guardador que ha procedido bien en la administración de los intereses pupilares, se apresura á rendir la cuenta; si las objeciones no son de importancia, todo queda terminado inmediatamente, y si hubiere desavenencias, sustánciase en juicio ordinario, y en la sentencia se deciden los puntos controvertidos.

Cuando el guardador conoce que de las cuentas resulta contra él un saldo considerable, procura engañar al pupilo con promesas de rendir la cuenta, y, transcurrido el brevísimo tiempo de cuatro años, queda exonerado de toda responsabilidad.

La disposición que examinamos desdice del sistema establecido en beneficio de los pupilos, y sacrifica sus intereses á pretexto de que no pueden quedar comprometidos por mucho tiempo los guardadores y fiadores.

Al examinar otras disposiciones concernientes á la prescripción, veremos que unas veces por seguir á ciegas las leyes romanas, y otras por evitar que por mucho tiempo esté incierto el dominio de los bienes, prescriben las acciones en tan breve tiempo, que los intereses del acreedor quedan sacrificados.

El artículo que examinamos limita, lo repetimos, al

---

presentes á su memoria, y cuando los documentos justificativos pueden haberse extraviado.

" Estas razones se aplican no sólo á la rendición de la cuenta sino á toda acción que se refiera á un hecho que se comprenda en los elementos de la cuenta. Tal es el pensamiento de la ley cuando comprende en la regla toda acción relativa á los hechos de la tutela. " (Demante. 11. 239 bis. 1. 11.)

brevísimo tiempo de cuatro años las acciones del pupilo contra el guardador, contando ese tiempo desde que el primero sale del pupilaje; lo cual significa que el pupilo deja de ser incapaz; mas no que un guardador cese en sus funciones por muerte, remoción, renuncia, excusa ú otro motivo. En todos estos casos el incapaz no sale del pupilaje, y la acción no prescribirá sino en los cuatro años contados desde que hubiere cesado la incapacidad (80).

248. II. Si el pupilo fallece dentro del cuadrienio, " prescribirá la acción ", dice la ley, " en el tiempo que falte para cumplirlo ".

La redacción no expresa la idea que D. Andrés Bello se propuso enunciar. No es cierto que la acción prescriba en el tiempo que falte; la prescripción continúa corriendo; de manera que la acción prescribe en los mismos cuatro años, bien fallezca ó no fallezca el pupilo. Si éste deja herederos incapaces, la acción principia á correr contra ellos ó continúa; pues la regla general establecida en el artículo que comentamos no tiene ninguna excepción. Según el sistema del Código chileno la prescripción ordinaria se suspende en beneficio de los menores, pródigos, dementes, mujeres casadas. Pero la prescripción de corto tiempo no se suspende en favor de nadie sino en virtud de una disposición especialísima de la ley, y esa disposición falta cuando se trata de los derechos puntualizados en el art. 425; lo cual manifiesta más claramente lo inconsulto de la disposición.

Y tanto más anómala es ella cuanto las acciones que en razón de la guarda puede ejercer el tutor ó curador contra el pupilo no prescriben sino conforme á las reglas generales. De manera que en veinte años se extinguen los

---

(80) " El plazo de diez años no corre contra el menor sino desde que es mayor de edad; luego es claro que si la tutela ha terminado por la muerte ó la destitución del tutor, los diez años no comienzan sino desde que las funciones de este último cesan. " (Duranton. III. 644.)

" Sólo desde la mayor edad del pupilo corre el plazo según la ley, aunque la gestión del tutor hubiere terminado antes, y comience para él la obligación de rendir cuentas. En tal caso, éste permanecerá más de diez años sujeto á la acción. " (Demante. II. 239 bis. IV).

derechos del guardador, y si éste fallece dejando herederos incapaces, á beneficio de ellos se suspende la prescription.

249. Según lo veremos al comentar el art. 427, puede haber casos en que una persona que no sea el guardador ejerza el cargo creyendo serlo. Entonces tiene todas las obligaciones y responsabilidad del tutor ó curador verdadero, y sus actos no obligan al pupilo sino cuando le hubieren reportado positiva ventaja. Ahora bien, si el pretenso guardador tiene todas las obligaciones y responsabilidad de guardador verdadero, el pupilo tiene también todos los derechos que puede ejercer contra el verdadero guardador; y como de esos derechos nacen las acciones, síguese que éstas prescriben en el mismo tiempo de cuatro años.

250. Si el pupilo hubiere tenido un crédito contra el guardador antes del discernimiento, pregúntase si también prescribirán en cuantro años las acciones que nacen de la tutela. Parece que debe distinguirse. Si las obligaciones del guardador hubieren sido exigibles durante la guarda, en virtud de los deberes inherentes á su cargo el guardador tuviera de comprender en su cuenta los bienes, raíces ó muebles, ó la respectiva suma de dinero que adeudaba al pupilo; y la responsabilidad del guardador está comprendida entonces en la cuenta general. Luego, la acción contra el guardador prescribe en los mismos cuatro años. Pero si la obligación no hubiere sido exigible sino después de terminada la guarda, tal obligación no atañe à la cuenta; las acciones contra el guardador no nacen de la guarda, ni están comprendidas en la disposición del artículo (81).

---

(81) " ¿Se aplicará esta prescripción á una acción que tenga el pupilo contra el tutor, pero no en calidad de tutor; si, por ejemplo, este último fuese deudor del pupilo, por, razón de las obligaciones que contrajo hacia la persona de quien el pupilo es heredero? Juzgo que debe distinguirse. Si la deuda fuese exigible durante la tutela, como entonces el tutor ha debido pagarse á si mismo, esto es, abonar el monto de su obligación al crédito del pupilo, éste no pudiera perseguir de nuevo el pago, sino probando que esa operación no se ha efectuado; lo cual no pudiera hacerse sino por la rendición de la cuenta que el pupilo no puede ya exigir. Luego, en este caso la acción proveniente del crédito se comprende en la prescripción establecida por el

251. Si rendida la cuenta queda determinado el saldo que hubiera á favor del pupilo, ¿prescribirá en cuatro años la acción para exigir ese saldo? Es evidente que no.

Las acciones para exigir el saldo no provienen de la tutela ó curaduría, sino de otro acto distinto de la administración de la tutela, esto es, de la cuenta. Rendida, el guardador adeuda una suma determinada que es un crédito como cualquier otro, y que, prescindiendo de los privilegios concedidos por la ley al pupilo, en nada se diferencia de los demás créditos.

Según el art. 460 del Código de Napoleón, prescriben en diez años las acciones que nacen de la tutela. Sus comentadores se acuerdan, empero, en que la acción para exigir el saldo prescribe, como todas la acciones ordinarias, en treinta años (82).

---

artículo 475. Pero si la época de la exigibilidad de la deuda del tutor fuese posterior á la terminación de la tutela, como entonces el tutor no ha debido pagar por sí mismo, la razón antes alegada ya no es aplicable; y el crédito se comprende en el Derecho común en cuanto á la prescripción. " (Delvincourt. 1. p. 467. 1.)

(82) Las razones en que se funda el artículo 475 no subsisten cuando hay una cuenta terminada, ó un arreglo cualquiera con el tutor ó con sus herederos. En este caso, la acción no conduce á que la cuenta se rinda; pues esta rendida : no se funda directamente en los hechos de la tutela, sino en el arreglo ó en la cuenta concluida, que envuelve la obligación de pagar el saldo, y entonces los hechos de la tutela no son sino la causa; así como según el artículo 2274, fenecida la cuenta, aunque ello no acarree novación y no sea en realidad sino un reconocimiento de la deuda, surte sin embargo el efecto de que la acción, sujeta á prescripción de corto tiempo, prescribe después en treinta años. " (Duranton. 111. 643.)

" Cuando la cuenta se ha rendido, la prescripción ordinaria debe aplicarse á la acción para el pago del saldo; la cual, aunque tenga su principio en los hechos de la tutela, no se refiere al examen de esos hechos. " (Demante. 11. 239 bis.11.)

" No hay dificultad en decidir que el artículo 475 no se aplica á la acción para exigir el saldo que, rendida la cuenta de la tutela, adeudan el tutor ó sus herederos.

" La acción para el pago del saldo no es, en efecto, relativa á la cuenta de la tutela; no se exige que la cuenta se rinda; luego es una acción ordinaria, sujeta á la prescripción del derecho común. " (Demolombe. VII. 158.)

Como lo hemos visto en las *Concordancias*, el Código ecuatoriano declara expresamente que la prescripción de cuatro años no comprende la acción para exigir el saldo que resulte contra el guardador. Pero tal declaración era de todo punto innecesaria, porque se desprende de la diferencia esencial entre las acciones que nacen de la tutela y la acción para exigir el saldo; el cual supone una cuenta rendida, privada ó judicialmente.

252. Si rendida y aprobada la cuenta, pídese su rectificación, alegándose errores, omisiones, etc., etc. ¿Pudiera oponerse á ello la prescripción de cuatro años puntualizada en el art. 425? Parece que deben distinguirse dos casos :

1° Si se alega que la cuenta no comprende todo lo que debía comprender; y

2° Si fundándose la rectificación en la cuenta misma, se alega que la aprobación provino de errores (83).

---

(83) " La prescripción determinada por el artículo 475 se aplica á la acción para rectificar la cuenta? Es preciso distinguir el objeto de la acción. Si conduce ella á rectificar la cuenta acerca de los gastos que se determinan ó á los ingresos que se han omitido, se aplica la prescripción decenal según el artículo 475. En efecto la acción es relativa á los hechos de la tutela, pues el actor afirma que el tutor retiene parte de su haber, ó que figura en la cuenta un gasto que no ha hecho. Luego impugna las gestiones del tutor; la acción concierne á las gestiones de la tutela y debe aplicarse el artículo 475. En vano se dice que la acción conduce á rectificar la cuenta, y que la cuenta es posterior á la tutela; que la acción para rectificar la cuenta es como la acción en pago del saldo, y que ambas prescriben en treinta años. Respóndese, y la respuesta es perentoria, que en el caso propuesto la acción no nace de la cuenta sino de la gestión, que se trata de un hecho de la tutela, de la omisión de una partida, de un gasto exagerado; luego la acción prescribe en diez años. La objeción sería fundada y no se aplicara el artículo 475, si la acción sólo se refiriese á la cuenta de la tutela, sin conexión alguna con la gestión tutelar, como la rectificación de un error de cálculo..., ó una omisión de entradas si la cuenta misma determinase el ingreso, pero que por error se hubiese omitido en el capítulo donde las partidas concernientes á él se hallan enumeradas. En todos casos no se trata de la gestión tutelar; el tutor no tiene necesidad de buscar datos ni apelar á sus recuerdos para defenderse; los elementos de la controversia se hallan en la cuenta

En el primer caso la acción estuviera prescrita, porque las observaciones se refieren á los actos administrativos. Objétase, por ejemplo, que recibidas ciertas sumas de dinero por el guardador, no se han comprendido ellas en la cuenta. Entonces, para probar la objeción, fuere necesario investigar aquellos actos, y se tratara de una acción que directamente proviene de la tutela; acción que, lo repetimos, prescribe en cuatro años.

En el segundo caso es necesario volver á distinguir otros dos :

a) La cuenta se aprobó privadamente;

b) Presentada, suscitóse sobre ella un litigio; el cual terminó por sentencia.

Si la cuenta se rindió privadamente, fuera admisible la acción para rectificarla, cuando las reclamaciones se fundan en un error de hecho. Así, por ejemplo, la cuenta se refiere, en cuanto al cargo, á las partidas enumeradas

---

misma; luego no se comprende en el tenor ni en el espíritu del artículo 475. " (Laurent. V. 190.)

" ¿Aplícase el artículo 475 á la acción para que se revise la cuenta, esto es, á la acción según la cual el pupilo pidiera la rectificación de errores, omisiones, duplicación, que se pretendiese en la cuenta...?

" Debe haber una distinción entre las causas en que se funde el pupilo para impugnar la cuenta ya terminada.

" En efecto, se trata de una acción contra la cuenta misma, para hacerla rectificar por medio de los elementos que le son propios; como, por ejemplo, error de cálculo, duplicación, etc.; y entonces creemos que esta acción para rectificar debería tener la duración ordinaria de las acciones personales.

" O, al contrario, se trata de una acción que, sin alterar los elementos de la cuenta misma, y aceptándola en todas sus partes tal como está, se pretendiese objetar fuera de la cuenta los hechos de la tutela; reclamar, por ejemplo, una indemnización contra el tutor á causa de una falta de gestión, ó la restitución de una suma por él recibida y omitida la cuenta. Entonces este caso no parece aplicable al artículo 475; pues el litigio se refiere á su tenor y á sus fundamentos : á su tenor porque se trata evidentemente de una acción relativa á los hechos de la tutela; á sus fundamentos, porque el tutor no pudiera defenderse contra esa acción sino por medio de documentos, notas y datos, que á causa del tiempo han desaparecido. " (Demolombe. VIII. 160-162.)

en el inventario, y al hacer el resumen se ha omitido una de esas partidas. Evidente que la aprobación adolece de error, y que éste puede repararse con sólo revisar la cuenta. Con más razón pudiera rectificarse ella cuando hay error de cálculo. Si, por ejemplo, se han multiplicado doscientos por cincuenta, expresándose que el resultado de la operación son ocho mil, en cualquier tiempo pudiera rectificarse el error.

Si las observaciones á la cuenta originaron un litigio que terminó por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ésta es ley para las partes, y no cabe rectificarse sino el error de cálculo, bien provenga él de las operaciones aceptadas en la sentencia, bien de las hechas en la sentencia misma. En todo lo demás, lo repetimos, la cosa juzgada es la única ley de las partes.

Art. 426. El que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones i responsabilidades del tutor o curador verdadero, i sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja.

Si se le hubiere discernido la tutela o curaduría, i hubiere administrado rectamente, tendrá derecho a la retribucion ordinaria i podrá conferirsele, el cargo, no presentándose persona de mejor derecho a ejercerlo.

Pero si hubiere procedido de mala fe, finjiendose tutor o curador, será precisamente removido de la administracion i privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura (*).

REFERENCIAS.

Cargo. 338.
Tutor ó curador. 341. 342.
Creyendo serlo. 8.
Obligaciones. 1427.
Responsabilidad. 415.

(*) Locré. IV. 273.—Laurent. V. 217.—Demolombe. VII. 508. VIII 27-29.—Zachariae (A. R.) I. § 88. 115. 120.

Pupilo, 346.
Discernido. 373.
Administraba. 391.
Retribución ordinaria. 525.
Removido. 538.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 467. El que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones i responsabilidades del tutor o curador verdadero, i sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja.

Si ha procedido de buena fe, i no hubiere persona de mejor derecho para ejercer la tutela o curaduría, se le podrá conferir el cargo con los requisitos i solemnidades legales.

Pero, si hubiere procedido de mala fe, finjiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administracion, i privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que el Código criminal le condene por la impostura (a).

C. E. 416. El que ejerce el cargo de tutor ó curador no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja...

C. C. 415.

C. A. 204. Nadie puede encargarse de una tutela sino en virtud de un poder especial que el tribunal competente le hubiere conferido. El que administra sin derecho una tutela es responsable de los perjuicios causados al pupilo.

D. VII. VI. 1. Huius Edicti aequitas non est ambigua,	1. La equidad de este edicto no es dudosa para que

(a) El que ejerce el cargo de tutor o curador no lo siendo verdaderamente; pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones i responsabilidades del tutor o curador verdadero, i sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja.

Si se le hubiere discernido la tutela o curaduría, i hubiere administrado rectamente, tendrá derecho a la retribucion ordinaria; i podrá conferírsele el cargo, no presentándose persona de mejor derecho a ejercerlo. (Art. 467 del Proyecto Inédito.)

ne contrahentes decipiantur, dum falsus tutor adhibetur.

§ 1. Verba autem Edicti haec sunt: *Quod eo auctore?* inquit, *qui tutor non fuerit.*

§ 2. Verbis Edicti multa desunt; quid enim si fuit tutor, is tamen fuit, qui auctoritatem accommodare non potuit, puta furiosus, vel ad aliam regionem datus?

los contrayentes no sean engañados, interviniendo falso tutor.

§ 1. Las palabras del Edicto son estas: Lo que se trató interviniendo la autoridad del que no era tutor.

§ 2. Faltan muchas cosas á las palabras del Edicto. ¿Qué diremos si fue tutor, pero era tal, que no pudo prestar su autoridad, v. g. furioso, ó nombrado para otra región?

COMENTARIO.

253. I. El que ejerce el cargo de guardador no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidad del guardador verdadero;

II. Sus actos no obligan al pupilo sino en cuanto le hubiere reportado positiva ventaja;

III. Si se le ha discernido la guarda, y hubiere administrado rectamente, tendrá derecho á la remuneración ordinaria;

IV. Puede conferírsele la guarda, si no se presenta persona de mejor derecho á ejercerla;

V. Si hubiere procedido de mala fe fingiéndose guardador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la guarda, sin perjuicio de las penas á que haya lugar por la impostura.

254. Comparadas entre sí las reglas primera y tercera, nos parecen oscurísimas, casi ininteligibles, á no ser que envuelvan derogación de uno de los principios fundamentales del Código civil: *á nadie excusa la ignorancia del derecho.*

Hemos visto, al comentar el art. 373, que aun cuando el testador hubiere designado á un individuo para la guarda, es requisito absolutamente necesario, sin el cual no puede proceder al desempeño de sus funciones, que el cargo se le discierna; y si bien el discernimiento no es el que da á

una persona la calidad de guardador, es la autorización para desempeñar el cargo. ¿Y cómo puede el guardador, que no ha obtenido el respectivo discernimiento, juzgar que ejerce el cargo?

Puede suceder que llamado el guardador por un testamento que, ignorándolo él, se ha declarado nulo ó ha sido revocado, acuda tal guardador al juez para que se le discierna el cargo, y efectivamente ello se efectué. Discernido, no sería guardador, pero sus actos no le acarrean ninguna responsabilidad sino cuando hubiera perjudicado al pretenso pupilo.

Se dirá que según la regla primera el guardador contrae todas las obligaciones y responsabilidad inherentes á su cargo. Pero eso mismo encierra tamaña injusticia, porque si la ley procede sobre el absurdo supuesto de que el guardador puede alegar que ha juzgado no serle necesario el discernimiento, debe deducirse la consecuencia de que procedió como agente oficioso.

En resolución, opinamos que en el artículo hay infinidad de sutilezas impropias del Derecho moderno, y que lo mejor hubiera sido suprimirlo.

Art. 427. El que en caso de necesidad, i por amparar al pupilo, toma la administracion de los bienes de éste, ocurrirá al juez inmediatamente para que provea a la tutela o curaduría, i miéntras tanto procederá como ajente oficioso i tendrá solamente las obligaciones i derechos de tal. Todo retardo voluntario en ocurrir al juez, le hará responsable hasta de la culpa levísima (*).

REFERENCIAS.

Pupilo. 346.
Administración. 391.
Bienes. 561.
Tutela ó curaduría, 341. 342.
Agente oficioso. 2286.
Las obligaciones y derechos de tal. 2287-2294.
Culpa levísima. 44.

(*) Zachariae (A. R.) I. § 121.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 468. El que en caso de necesidad i por amparar al pupilo toma la administracion de los bienes de éste, ocurrirá al juez inmediatamente para que provea a la tutela o curaduría, i mientras tanto procederá como jestor de negocios, i tendrá solamente las obligaciones i derechos de tal. Todo retardo voluntario en ocurrir al juez, le hará responsable hasta de la culpa levísima, i le sujetará a las penas que en el Código criminal se le impongan (a).

C. E. 417.

C. C. 516.

COMENTARIO.

255. I. El que en caso de necesidad y por amparar al pupilo administra los bienes de éste, acudirá al juez inmediatamente para que provea á la guarda;

II. Mientras tanto procederá como agente oficioso, y tendrá solamente las obligaciones y derechos de tal; y

III. Todo retardo voluntario en acudir al juez para que se provea á la tutela le hará responsable hasta de la culpa levísima.

La ley procede sobre el supuesto de que es necesario proveer á los intereses del pupilo, y que por eso alguno administra los bienes con el exclusivo objeto de ampararle. Entonces el agente oficioso debe acudir al juez para que nombre guardador, y mientras tanto tiene las obligaciones y derechos de tal agente oficioso. Razonable y equitativa es la disposición, por cuanto consulta los intereses del pupilo sin perjudicar á la persona que graciosamente se encarga de administrarlos.

(a) El que, en caso de necesidad, i por amparar al pupilo, toma la administracion de los bienes de éste, ocurrirá al juez inmediatamente para que provea a la tutela o curaduria, i miéntras tanto procederá como jestor de negocios i tendrá solamente las obligaciones i derechos de tal. Todo retardo voluntario en ocurrir al juez, le hará responsable hasta de la culpa levisima. (Art. 468 del Proyecto Inédito.)

Natural también que no dure la administración del agente oficioso sino mientras no se provea de guardador al pupilo, y que, cuando hay un retardo voluntario, su responsabilidad sea más estricta que la del agente oficioso, esto, es que responda de la culpa levísima.

ÍNDICE

TÍTULO XIX

DE LAS TUTELAS I CURADURIAS EN JENERAL

§ I

Definiciones i reglas jenerales.

PÁGINAS.

Art. 338. 1

1. El Código chileno distingue entre las tutelas y las curadurías. — Crítica. 3
2. Las tutelas y las curadurías son cargos impuestos á ciertas personas. 5
3. Las tutelas y las curadurías son de derecho público. Consecuencias. 5
4. Crítica del sistema. 5
5. El artículo 338 es en extremo redundante. 6

Art. 339. 6

6. Comentario. 7

Art. 340. 7

7. Crítica del artículo. 8

Art. 341. 9

8. La tutela de los impúberes ha sido siempre de derecho universal. 9

Art. 342. 10

9. Personas sujetas á curaduría. 12

Art. 343. 13

10. Curadores de bienes. 13

Art. 444. 14

11. Curadores adjuntos. 14

PÁGINAS.
12 Hubiera convenido que en toda guarda interviniese un curador adjunto. 15
Art. 345. 16
13. Curadores especiales. 16
Art. 346. 17
14. Pupilos 18
Art. 347. 19
15. Reglas que este artículo comprende. 19
16. No es exacto que dos ó más personas pueden estar bajo una misma guarda. 20
17. La regla segunda es consecuencia necesaria de la primera. 20
18. Una misma guarda puede ejercerse conjuntamente por dos ó más tutores ó curadores. 20
19. La administración de dos ó más tutores ó curadores acarrea graves dificultades. 20
Art. 348 22
20. No se puede dar guardador general al que está bajo la patria potestad. 22
21. Se da curador al hijo cuando se suspende la patria potestad. 22
22. Se da curador adjunto al hijo cuando al padre se le priva de la administración de los bienes. 23
Art. 349. 25
23. No se puede dar curador á la mujer casada cuyos bienes administra el marido. — Crítica. 26
24. Se da curador á la mujer divorciada en los mismos casos en que se le daría si fuese soltera. 26
25. La misma regla es aplicable á la mujer separada de bienes. 27
26. Estas curadurías no obstan á los derechos que conserva el marido. 27
Art. 350. 28
27. Comentario. 28
Art. 351. 29
28. Reglas que este artículo comprende. 29
29. La regla primera consulta los intereses del pupilo. . . 30
30. Oyese á los parientes del pupilo y al respectivo defensor. 30
31. Déjase á la prudencia del juez dividir las funciones entre el guardador general y el curador adjunto. . 30
Art. 352 31
32. Comentario. 32
Art. 353. 34

PÁGINAS.
33. Las tutelas ó curadurías son testamentarias, legítimas y dativas. 35
34. Guardas testamentaria. 36
35. Legítimas. 36
36. Dativas. 37
37. Sigue la regla de la guarda testamentaria la que se confiere por acto entre vivos. 37
38. No hay otra especie de guardas que las enumeradas por la ley taxativamente. 37

§ II

De la tutela ó curaduría testamentaria.

Art. 354. 38
39. Casos previstos por este artículo. 40
40. Según las leyes romanas la facultad de nombrar tutor por testamento se derivaba de la patria potestad. 40
41. El padre puede nombrar tutor al hijo que está en el vientre materno. 41
Art. 355. 42
42. Á qué personas puede el padre conferir curador testamentario. 43
43. Menores adultos. 43
44. Dementes y sordo-mudos. 44
45. Hubiera convenido mencionar los pródigos. 44
Art. 356. 44
46. Puede el padre nombrar curador testamentario para los derechos eventuales del hijo que está por nacer. 45
47. Crítica del artículo 346 del Código ecuatoriano. . . . 45
Art. 357. 46
48. Comentario. 47
Art. 358. 47
49. Á falta del padre puede ejercer los mismos derechos la madre. — Excepciones. 49
50. Crítica de la redacción. 50
Art. 359. 50
51. Comentario 52
Art. 360. 52
52. Crítica de la redacción. 54
53. El artículo consulta los intereses del heredero, legatario ó donatario. 55

PÁGINAS.

54. Hay manifiesta discordancia entre el artículo 352 y el 360. 55
Art. 361. 56
55. El testador puede nombrar dos ó más guardadores que ejerzan simultáneamente la guarda. 57
56. Facúltase al testador para dividir entre los guardadores la administración. 57
Art. 362. 57
57. Comentario. 58
Art. 363. 59
58. Comentario. 60
Art. 364. 61
59. Ánálisis del articulo.. 63
60. Sustitución. — Sucesión. 63
61. La ley interpreta la voluntad del testador. 63
62. No ha lugar á la interpretación cuando la sustitución ó sucesión es para un caso determinado. 63
Art. 365. 64
63. La ley concede amplísimas atribuciones al testador para el nombramiento de las guardas. 64
64. Condición suspensiva-resolutoria. 65
65. Día cierto determinado y cierto é indeterminado. . .
66. El Código de Napoleón no concede al testador las facultades enumeradas en nuestro artículo 365. . . 65

§ III

De la tutela ó curaduría legítima.

Art. 366. 66
67. Tiene lugar la guarda legítima cuando falta ó expira la testamentaria. 68
68. Especialmente tiene lugar la guarda legítima si viviendo el padre es emancipado el menor, ó si se suspende la patria potestad por resolución judicial. 69
Art. 367. 70
69. Personas llamadas á la guarda legítima. 75
70. El padre del pupilo no es llamado á la guarda legítima sino cuando emancipa al hijo voluntariamente. 75
71. Á falta del padre, la madre es quien desempeña la guarda. 75
72. Entre los ascendientes no se prefiere el varón á la mu-

PÁGINAS.
jer, y aun son llamadas las bisabuelas. — Crítica. 76
73. Á falta del padre y madre, el juez elige entre los demás ascendientes. 78
74. Si no hubiera ascendientes, el juez elige uno ó más guardadores, bien entre los hermanos del pupilo, bien entre los hermanos de los ascendientes del pupilo. 79
75. Puede el juez elegir más de un guardador y dividir entre ellos las funciones. 79
Art. 368. 79
76. Personas llamadas á la guarda legítima del hijo natural. 80
77. Si el padre ó madre reconoce al hijo natural, cesa la guarda en que el hijo hubiere estado. 80
78. Si el padre ó madre fuere incapaz, no cesa el cargo del primitivo guardador. 81
79. El Código de Napoleón silencia lo concerniente á la guarda del hijo natural. 81
Art. 369. 83
80. Comentario. 83

§ IV

De la tutela ó curadaría dativa.

Art. 370. 84
81. Comentario. 86
Art. 371 88
82. Casos en que se nombra guardador interino. 89
83. El guardador interino siempre es dativo. 89
84. Hasta que se discierna el cargo al guardador testamentario, se nombra curador interino. 90
85. Las reglas precedentes son aplicables cuando durante la guarda sobreviene al tutor ó curador algún impedimento. 90
86. Casos en que no se nombra curador interino. 90
Art. 372. 91
87. El juez para elegir guardador dativo, debe oir á los parientes del pupilo. 91
88. Puede el juez, en caso necesario, nombrar dos ó más guardadores y dividir entre ellos las funciones. . 92
89. Si hubiere curador adjunto, puede el juez preferirle para la guarda dativa. 92

TÍTULO XX

DE LAS DILIGENCIAS I FORMALIDADES QUE DEBEN PRECEDER AL EJERCICIO DE LA TUTELA O CURADURIA

PÁGINAS.
90. Crítica del epígrafe. 93
Art. 373. 93
91. Toda guarda debe ser discernida. 95
92. Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al guardador para el desempeño de su cargo. 95
93. Según el Código de Napoleón no hay discernimiento. 96
Art. 374. 97
94. Al discernimiento debe preceder la respectiva fianza. 100
95. No se le dará al guardador la administración de los bienes sin que proceda inventario solemne. . . . 101
Art. 375. 102
96. Deben prestar fianza todos los guardadores. 104
97. Excepciones. 105
98. Otras. 106
Art. 376. 107
99. En vez de la fianza prescrita por el artículo 375 puede constituirse hipoteca suficiente. 107
Art. 377. 108
100. Los actos del guardador que no han sido autorizados por el dicernimiento, son nulos. 109
101. Impropia es la denominación de actos nulos. 109
102. El discernimiento, una vez obtenido, valida ciertos actos anteriores. 110
Art. 378. 111
103. El guardador debe inventariar los bienes del pupilo en los noventa días subsiguientes al discernimiento.. 114
104. El juez, según las circunstancias, puede ampliar á restringir el plazo. 115
105. Antes del inventario no puede administrar el guardador. 115
106. Responsabilidad del guardador por omisión del inventario ó por su negligencia al formarlo. 117
107. Crítica de la expresión *guardador sospechoso*. . . . 118
108. Puede deferirse al pupilo el juramento. 118
Art. 379. 119

109. Comentario. 119
Art. 380. 123
110. Casos en que puede remitirse la obligación de inventariar solemnemente. 124
Art. 381. 125
111. El inventario se forma ante escribano y testigos. . . 126
Art. 382. 126
112. El inventarió hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaría. 128
113. Los bienes muebles deben particularizarse uno á uno. 128
114. Pueden hacerse las explicaciones necesarias para ponder á cubierta la responsabilidad del guardador. . 129
115. El inventario comprenderá además los créditos y deudas del pupilo. 129
116. El Código de Napoleón prescribe que el notario requiera al guardador determine sus créditos contra el pupilo. 130
117. El inventario debe comprender, en fin, todos los objetos presentes, exceptuando aquellos cuya destrucción sea necesaria. 130
Art. 383. 131
118. Comentario 132
Art. 384. 132
119. Debe comprender el inventario aun las cosas que no sean propias del pupilo, si estuvieren entre las que son. 133
120. La responsabilidad del guardador se extiende aún á las cosas ajenas. 133
Art. 385. 134
121. La expresión de que la cosas son ajenas no hace fe contra el pupilo. 134
Art. 386. 135
122. No puede el guardador probar que incurrió en error de hecho al formarse el inventario. 136
123. Pero se le admite la prueba cuando el error no pudo evitarse. 137
Art. 387. 138
124. Comentario. 138
Art. 388. 139
125. Comentario. 139
Art. 389. 140
126. Comentario. 141

TÍTULO XXI

DE LA ADMINISTRACION DE LOS TUTORES I CURADORES RELATIVAMENTE Á LOS BIENES

PÁGINAS.
Art. 390. 142
127. Reglas que este artículo comprende. 145
128. Crítica de la redacción. 145
129. Según el sistema del Código chileno el tutor ó curador representa siempre al pupilo. 150
130. No debe confundirse la capacidad de contratar con los efectes que puede surtir el acto ó contrato. . . 151
131. Representación-Autorización. 151
Art. 391. 153
132. Reglas comprendidas en este artículo. 155
133. En qué consiste la administración. 156
134. Deben distinguirse cuatro especies de actos. 159
135. Á veces la ley autoriza implícitamente al guardador para ciertos actos. 161
136. Hay actos que no puede ejecutar el guardador aunque no haya prohibición expresa. 162
137. Crítica de la regla segunda. 164
138. La responsabilidad del guardador se extiende hasta la culpa leve inclusive. 164
Art. 392. 165
139. Análisis del artículo. 166
140. Dificultades que el artículo suscita. 167
141. Efectos que surte el no oír el dictamen del consultor. 169
142. Opinión de los expositores del Código francés. 170
143. Qué oficio desempeña el consultor. 173
144. Si puede ser consultor una persona incapaz. 175
Art. 393. 176
145. Análisis del artículo. 187
146. Aunque el artículo 393 emplea la forma negativa, se limita á puntualizar las respectivas solemnidades. 187
147. En cuanto á la enajenación, no se trata sino de la venta ó permuta. 188
148. Requisitos para proceder á la enajenación. 188
149. Cuando el juez ordena la venta, debe determinar la inversión del precio. 190

PÁGINAS.

150. Cómo debe procederse cuando los bienes raíces situados en Chile pertenecen á un pupilo extranjero. 192
151. Qué efectos surte la omisión de los requisitos puntualizados para la venta de bienes raíces del pupilo. . 196
152. Qué efectos surte la autorización judicial en cuanto á la validez de la venta. 197
Art. 394. 200
153. Comentario. 203
Art. 395. 204
154. Cuándo no es necesaria la autorización judcial para la venta de bienes raíces de menores. 207
155. O para la constitución de derechos reales. 210
Art. 396. 210
156. Reglas que este artículo comprende. 212
157. Si se procede á la división de bienes raíces, la autorización judicial siempre es necesaria. 213
158. Si el juez ha ordenado la partición á solicitud de uno de los condueños, no es necesaria nueva providencia. 213
Art. 397. 213
159. Análisis del artículo. 215
160. Peligroso es autorizar al guardador para que repudie la herencia. 215
161. La herencia no puede aceptarse sino con beneficio de inventario. 217
Art. 398. 218
162. Las donaciones ó legados no pueden repudiarse sin decreto de juez. 219
163. Si impusieren obligación ó gravámenes al pupilo no pueden aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas ó legadas. 220
Art. 399. 222
164. Tratándose de la partición de una herencia ó de bienes raíces, es necesario que, efectuada, el juez la apruebe y confirme. 223
165. Conforme al Código de Napoleón, si en la partición no se hubieren observado los trámites legales, se considera ella provisional. 223
166. Efectos de la sentencia que aprueba y confirma la partición. 224
Art. 400. 226
167. Reglas que este artículo comprende. 229
168. La transación y el compromiso requieren autorización judicial. 229

PÁGINAS.
169. Fuera mejor prohibir en lo absoluto el compromiso. 230
Art. 401. 232
170. El dinero destinado á la adquisición de bienes raices no puede emplearse en otro objeto. 232
171. Puede el juez, con conocimiento de causa, autorizar se dé al dinero otra inversión. 233
Art. 402. 233
172. Análisis del artículo 236
173. Entre las facultades administrativas del guardador no se comprende la de donar. 236
174. Era conveniente autorizar para las donaciones de bienes muebles del pupilo. 239
175. Crítica de la redacción de la regla tercera. 239
Art. 403. 240
176. Comentario. 241
Art. 404. 241
177. Análisis del artículo. 242
178. Peligroso es autorizar al guardador para constituir fianza. 242
Art. 405. 244
179. Comentario. 244
Art. 406. 245
180. Reglas que este artículo comprende. 251
181. El guardador debe dar á interés el dinero ocioso. . . 251
182. El guardador no puede comprar al fiado bienes raices. 254
183. La ley constituye al guardador responsable del lucro cesante. 256
Art. 407 256
184. Análisis del artículo. 258
185. El arrendamiento es uno de los actos comprendidos en la administración del guardador. 258
186. Convenía que al pupilo se le entregasen sus bienes raíces tan luego como cumpliera veinticinco años. 259
187. Cumplidos, el pupilo puede pedir la terminación del arrendamiento. 259
Art. 408. 261
188. Comentario. 261
Art. 409. 263
189. Comentario. 263
Art. 410. 264
190. Análisis del artículo. 266
191. Era conveniente que el guardador pudiera hacer adelantos para las necesidades imperiosas del pupilo. 266
192. Aun tratándose de adelantos, para que el guardador

PÁGINAS.
pueda cobrar intereres corrientes debe obtener la respectiva autorización. 269
193. Casos en que el pupilo puede ser deudor de bienes muebles ó raíces que deben entregarse al guardador. 269
Art. 411. 270
194. Reglas comprendidas en este artículo. 271
195. Crítica de la redacción de las dos reglas. 271
196. La disposición del artículo es injusta. 272
Art. 412. 274
197. Análisis del artículo. 278
198. Cuando pueda comprometerse la probidad del guardador, es inhábil para representar al pupilo. 278
199. Enumérase las personas á quienes el guardador pudiera favorecer indirectamente. 278
200. Excepciones. 279
201. En qué casos autoriza el juez. 279
202. Crítica del artículo. 280
203. El juez no puede autorizar al guardador para comprar bienes raíces del pupilo ni para tomarlos en arrendamiento. 281
Art. 413. 282
204. Análisis del artículo. 284
205. Crítica de la redacción. 284
206. Dividida la administración, cada guardador ejerce una administración separada. 285
207. Los guardadores obran de consuno, si uno de ellos procede á nombre de los otros en virtud de un mandato en forma. 285
208. El mandato no exonera de responsalidad solidaria. . 286
209. Si hubiere discordia entre los guardadores, la dirime el juez. 286
210. Si los guardadores no proceden de consuno, es nulo el acto ó contrato. 287
Art. 414. 287
211. El guardador tiene derecho á que le abonen los gastos. 288
212. Algún tanto oscura es la disposición porque no está en lugar oportuno. 288
213. Si hay controversia sobre los gastos, la resuelve el juez. 289
Art. 415. 290
214. Análisis del artículo. 295
215. Qué debe comprender la cuenta. 295

PÁGINAS.
216. La cuenta debe ser documentada. 297
217. El guardador debe rendir la cuenta tan luego como termine la administración. 297
218. Qué ley es aplicable si durante la guarda se hubieren alterado las concernientes á la administración. . . 298
219. El guardador no puede retener los bienes á pretexto de que la cuenta no se aprueba. 298
220. El testador no puede exonerar de la obligación de rendir cuenta. 298
Art. 416. 301
221. Comentario. 302
Art. 417. 303
222. Expirado el cargo, debe el guardador entregar los bienes. 305
223. La entrega debe efectuarse inmediatamente. 305
224. Cuando la entrega no es posible, la ley constituye al guardador en agente oficioso. 305
Art. 418. 309
225. Cuando hay dos ó más guardadores que admnistran de consuno, todos deben rendir una sola cuenta. 309
Art. 419. 310
226. Análisis del artículo. 313
227. Cuando los guardadores administran de consuno, su responsabilidad es solidaria. 313
228. Casos en que se divide la administración de los guardadores. 315
229. Los guardadores generales deben velar por la buena administración de los curadores adjuntos. 316
230. Crítica del sistema. 317
Art. 420. 317
231. Comentario. 318
Art. 421. 319
232. Comentario. 319
Art. 422. 320
233. Análisis del artículo. 321
234. A quién se rinde la cuenta. 322
235. Si un guardador la rinde á otros, debe ser aprobada por el juez. 323
Art. 423. 324
236. Reglas que este artículo comprende. 326
237. Importantísimo es el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio que el pupilo recibe. 326
238. Puede apreciarla y jurararla cuando no hubiere inventario ó este fuere inexacto. 328

PÁGINAS.
239. El mismo derecho se le concede cuando no existen los bienes. 328
240. Y cuando el guardador es convencido de dolo ó culpa grave. 329
Art. 424. 330
241. Análisis del artículo. 331
242. Cuándo queda cerrada la cuenta. 332
243. Este artículo encierra una disposición excepcional en cuanto á la mora. 332
244. Y en cuanto á los intereses. 332
245. Si el saldo es en beneficio del guardador, el pupilo le debe los intereses corrientes desde el día en que, cerrada la cuenta, se los pida. 333
246. Razones en que se funda la diferencia. 334
Art. 425. 334
247. Crítica del artículo en cuanto al plazo de la prescripción. 336
248. La acción prescribe en cuatro años aunque el pupilo fallezca. 339
249. También prescribe en cuatro años cuando una persona ejerce el cargo de guardador sin serlo. . . . 340
250. Cuándo prescribe la acción si el pupilo hubiere sido acreedor antes que al guardador se le discierna el cargo. 340
251. La acción para exigir el saldo prescribe en veinte años. 341
252. Si aprobada la cuenta, pídese que se rectifique, en cuanto tiempo prescribe la acción. 342
Art. 426. 344
253. Análisis del artículo. 346
254. Crítica de las reglas primera y tercera. 346
Art. 427. 347
255. Comentario. 348